This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

U

3 2044 054 420 005

HD

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

101
C

Die

rechtliche Natur der Inhaberpapiere.

Eine civiliſtiſche Unterſuchung

von

Dr. Joſeph Unger

a. o. Profeſſor der Rechte an der Univerſität in Wien.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1857.

Seite

Die einzelnen Rechtsverhältniſſe bei Inhaberpapieren.

§ 19. Die Bedeutung des Papiers bei Inhaberpapieren 123
§ 20. Die Legitimation des Inhabers durch den Beſitz 128
§ 21. Die Vindication von Inhaberpapieren 136
§ 22. Die Einreden aus der Perſon der Vormänner 148
§ 23. Die Zahlung 160
§ 24. Liegt in der Ausſtellung von Inhaber- und Ordrepapieren eine Novation? 165
§ 25. Wer iſt berechtigt, ein Inhaberpapier auszuſtellen? 172

Einleitung.

Die Papiere auf den Inhaber (Inhaberpapiere, Obligationen au porteur) haben mit den Wechſeln, mit denen ſie ſo Vieles gemein haben, auch das gleiche Schickſal getheilt, daß über die Natur derſelben die verſchiedenſten Anſichten aufgeſtellt worden ſind. Während über einige Rechtsſätze fundamentaler Art, welche bei dieſen Papieren gelten, — Verpflichtung des Ausſtellers des Papiers jedem Inhaber zu zahlen, Legitimation des Präſentanten durch die Innehabung, Unzuläſſigkeit der Einreden aus der Perſon der Vormänner — kein Zweifel herrſcht, iſt man über das Weſen dieſer Obligationen, über das eigentliche Princip derſelben nichts weniger als einig. Dieſe Verſchiedenheit der Grundauffaſſung kann nicht verfehlen, daß man ſowohl über den Grund und den Umfang der Geltung jener Sätze verſchiedener Anſicht iſt, als daß überhaupt das Rechtsinſtitut der Obligationen au porteur von verſchiedenen Schriftſtellern in abweichendem Stile auf- und ausgebaut wird. Man kann von dieſen Obligationen dasſelbe ſagen, was über den Wechſel mit Recht bemerkt wurde: beinahe jeder Schriftſteller widerlegt die Anſichten ſeiner Vorgänger, und ſtellt ſeine eigene Behauptung auf, um von ſeinem Nachfolger die gleiche Behandlung zu er-

fahren. Über die Natur des Wechſels hat man ſich in der neueren Zeit ſo ziemlich geeinigt: dürfte es nicht möglich ſein, auch für die Inhaberpapiere die gleiche Verſtändigung anzubahnen? Scheint es mir doch, als ſeien dieſe Leiden alle „aus einem Punkte zu kuriren“, und als könne, wenn man über die Natur des Wechſels im Klaren iſt, auch das eigentliche Weſen der Obligationen au porteur unſerem Blicke nicht länger verborgen bleiben. So mag es denn geſtattet ſein, die Natur dieſer Papiere einer eingehenden civiliſtiſchen Unterſuchung zu unterziehen, wobei freilich manche wechſelrechtliche Exkurſion und Digreſſion unvermeidlich iſt.

Die verſchiedenen Anſichten über die rechtliche Natur der Inhaberpapiere.

§ 1.

I. Nach der Meinung einiger Schriftſteller ſind die Papiere auf den Inhaber als Papiergeld zu betrachten. Dieſer Anſicht ſind:

Schellwitz Dissertatio de cautionum publicarum imprimis peregrinarum vindicatione. Lips. 1824 c. 3.[1])

Souchay Über die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verſchreibungen; im Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. X (1827) S. 143—155. Einige Bemerkungen über Obligationen und Coupons au porteur; in der Zeitſchr. f. Civilr. und Prozeß Bd. V (1831) S. 42—55. Über die neueſte deutſche Geſetzgebung in Wechſelſachen; in der Zeitſchr. f. deutſches Recht Bd. XI (1847) Nr. I § 5.[2])

Einert Über das Weſen und die Form des Literalcontracts wie dieſer zur Zeit der Juſtinianiſchen Geſetzgebung ausgebildet geweſen und Vergleichung deſſelben mit dem Wechſel. Leipz. 1852 S. 77 fg.

Völderndorff, O. v., Die Papiergeld-Criſis und die Papiere auf jeden Inhaber nebſt ihrem Eintrag in die Hypothekenbücher. München 1856 (16 S.).[3])

---

1) Dieſe Schrift ſtand mir nicht zu Gebote; ich kenne ſie bloß aus Citaten bei anderen Schriftſtellern.

2) Ich werde dieſe drei Abhandlungen mit I. II. III. bezeichnen.

3) Gegen die in dieſer Schrift aufgeſtellten Behauptungen vgl. die tüch-

Souchay geht von der ganz richtigen Ansicht aus, daß die gewöhnliche Auffassung der Papiere auf den Inhaber als bloßer Beweisdokumente über eine außer ihnen bestehende Forderung durchaus nicht im Stande sei, die eigenthümlichen Erscheinungen zu erklären, welche diese Obligationen darbieten. Der Inhaber des Papieres sei nicht als bloßer Cessionar zu betrachten, für den höchstens die Präsumtion einer rechtlichen Cession stritte; (I § 2.) „wie könne man das Papier au porteur nur als Beweismittel eines unabhängig von demselben bestehenden Forderungsrechtes ansehen, wenn derjenige, welcher dieses Forderungsrecht erworben hat, und dessen eigentliche Rechtsnachfolger (die wirklichen Cessionare) gar nicht in Betracht kommen sollen, sondern nur der Inhaber des Papieres als sogenannter selbstständiger Gläubiger?“ (III S. 14.) Der Inhaber des Papiers habe vielmehr ein selbstständiges Recht, „welches nicht an die Bedingung einer regelmäßigen Übertragung von dem ersten Erwerber bis auf den jeweiligen Inhaber, sondern nur an den einfachen Besitz geknüpft sei“ (II S. 43 I § 3). „Da es ganz gegen den gewöhnlichen Rechtsbegriff sei, daß Jemand durch den bloßen Besitz eines über ein Darlehen ausgestellten Dokuments die Rechte eines wirklichen Gläubigers erwerbe, wenn er nicht allein unvermögend ist darzuthun, daß ihm dasselbe auf legitime Weise übertragen worden sei, sondern wenn ihm sogar das Gegentheil erwiesen werden könnte, demungeachtet aber Verschreibungen au porteur gegen den redlichen Besitzer ihrer Natur nach gar nicht mehr die Untersuchung der legitimen Übertragung gestatten, so folge daraus, daß solche Urkunden als Schuldverschreibungen gar nicht existiren

---

tigen Ausführungen von Seuffert in seinem Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. X (1856) Nr. 91.

können. Sie seien etwas ganz anderes und zwar ein konventionelles Papiergeld." „Ganz irrig sei es, wenn man bei Verschreibungen au porteur von einer fortwährenden Beziehung auf das Darleihen spreche. Diese Beziehung müsse durch die Klausel: ‚Jedem Inhaber zahlbar' wegfallen, oder die Klausel selbst habe gar keine Kraft. Das eine oder das andere sei juristisch nothwendig. Wie soll aber jede Beziehung auf das Darleihen wegfallen, wenn solche Papiere doch durch ein Darlehen entstanden sind? Dieses Problem lasse sich nicht allein durch die Antwort lösen: es ist, weil es so ist, d. h. weil es positive Gesetze so befohlen haben, sondern das Geschäft, wodurch Papiere au porteur kreirt werden, könne man auch füglich einen Tausch, einen Innominatcontrakt nennen" (I § 4).

Wie Einert bekanntlich im Wechsel das Papiergeld der Kaufleute sieht, und es „schlechterdings für unmöglich hält, allen Operationen mit dem Wechsel einen anderen Zweck unterzulegen, als die Absicht, im Wechsel ein Zahlungsmittel zu haben" (Das Wechselrecht nach dem Bedürfniß des Wechselgeschäfts im 19. Jahrh. 1839 § 5), so sieht er auch in dem Papiere au porteur nichts anderes als ein Zahlungsmittel, und hält es aus diesem Grunde für Papiergeld. Die Tendenz dieser Papiere lasse sich in zwei Worten angeben: sie sollen Geldumlauf haben (S. 87); ja Einert betrachtet das Inhaberpapier als das eigentliche Fundament und erklärt, „daß jeder wahre Wechsel gerade deßwegen als ein Papier au porteur aufgenommen werden müsse, weil er als Repräsentant des baaren Geldes gebraucht werde und also wirklich als eine Art von Papiergeld bestehen solle" (S. 93. 97).

Daß diese Auffassung der Papiere au porteur nicht die richtige sein könne, ergibt sich schon daraus, daß sie nicht auf alle Arten derselben paßt. Daß jene Papiere, welche gleichfalls

unter die Kategorie der Inhaberpapiere fallen,[4]) wie Eisenbahn- und Dampfschifffkarten, Theater- und Conzertbillets, Lotterielooſe u. ſ. f. nicht als Papiergeld betrachtet werden können, verſteht ſich von ſelbſt. Aber ſelbſt bei der Beſchränkung der fraglichen Papiere auf Staatsobligationen und deren Zinskoupons, auf Pfandbriefe, Schuldbriefe induſtrieller Korporationen, Seeverſicherungspolicen und Wechſel au porteur, iſt jene Auffaſſung verwerflich. Der Grund für dieſe Verwerfung liegt aber nicht, wie man dieß wohl öfter behauptet hat,[5]) darin, daß dieſe Papiere keinen Zwangskurs haben. Denn fremde Münzen und fremdes Papiergeld, welche in unſeren Staaten keinen Zwangskurs haben, ſind dennoch Geld.[6]) Überhaupt iſt es eine zwar viel verbreitete aber dennoch unrichtige Vorſtellung, daß der Zwangskurs zum Weſen des Papiergeldes gehöre.[7]) Der Grund liegt vielmehr darin, daß das Geld Sache, und die Obligation au porteur, wie das ſchon ihr Name ſagt, eine Forderung

4) Vgl. hierüber Thöl Handelsr. (3. Aufl.) § 54a Note 2. Gerber Syſtem (5. Aufl.) § 160 Note 1. Dieſe Arten von Inhaberpapieren pflegt man gewöhnlich zu überſehen, ſo z. B. Savigny Obl. R. II § 63. 64 und noch neuerlichſt Walter Syſtem §§ 257. 258 I, was in mannigfacher Beziehung zu Unrichtigkeiten führen muß.

5) So z. B. Bender in der § 2 angef. Schrift S. 173. Dunker in der Zeitſchr. für deutſches Recht Bd. V S. 47. 48. Thöl Handelsr. I § 54b. Andere Schriftſteller führen dieſen Umſtand zwar nicht als den einzigen, aber doch immerhin als einen Gegengrund an, was er in der That nicht iſt; ſo z. B. Gerber Syſtem § 160 Note 2, Renaud in der § 5 angef. Abhandl. S. 324.

6) Souchay I S. 152. 153. III S. 15. Wenn Dunker a. a. O. S. 48 gegen dieſe Einwendung replicirt, daß „fremdes Geld freilich im Ausland keinen gezwungenen Kurs, aber Papiere auf den Inhaber ihn nirgends haben," ſo iſt dieß zwar richtig, aber damit nicht widerlegt, daß fremdes Geld auch in dem Land, wo es keinen gezwungenen Kurs hat, dennoch als Geld auftritt.

7) Vgl. hierüber Savigny Obl. R. I § 42 u. Beſeler Syſtem II § 122 Nr. IV. Ja der eigentliche normale Fall iſt gerade der, daß das Papiergeld, z. B. die Banknote, keinen Zwangskurs hat.

iſt,[8]) tiefer darin, daß das Papiergeld Geldvorſtellungszeichen, mithin allgemeines Werthzeichen iſt, während die Inhaberpapiere dieß nicht ſind.[9]) Aus dieſem principiellen Unterſchied zwiſchen Inhaberpapieren und Papiergeld ergeben ſich von ſelbſt die rechtlichen Differenzen beider. Wer ſeine Geldſchuld mit Metall- oder Papiergeld tilgt, der hat gezahlt im engeren, eigentlichen Sinne des Wortes (l. 49 D. de solut. 46, 3); wer ſeine Schuld mit Inhaberpapieren z. B. Staatsobligationen oder Lotterieloosen tilgt, der hat nicht gezahlt im eigentlichen Sinn des Worts (l. 49 cit. solutionis quidem verbum non proficiet) ſondern an Zahlungsſtatt Forderungen gegeben: es findet ſonach eine datio in solutum ſtatt.[10]) Iſt nun der Ausſteller des Papiers ein allbekannter ſolventer Schuldner, ſo wird ſich nicht ſo leicht Jemand finden, der die Annahme des Papiers an Zahlungsſtatt verweigerte.[11]) Den-

8) Vgl. Gönner Von Staatsſchulden § 56; auf dasſelbe kommt es wohl hinaus, wenn Gerber § 160 Note 2 (vgl. § 205 Note 2) ſagt, daß die Inhaberpapiere „Urkunden über ein beſtimmtes Rechtsgeſchäft“ ſind; was Thöl dagegen bemerkt hat, iſt in der That „nicht als eine Widerlegung zu betrachten.“

9) Vgl. insbeſ. Savigny Obl. R. II S. 116 u. ein Erkenntniß des OAG. zu Dresden 24. Sept. 1852 in Seuffert's Archiv VII Nr. 90. Ohne allen Grund behauptet Völderndorff S. 7, daß auch die Inhaberpapiere allgemein umlaufende Werthzeichen ſeien (vgl. gegen ihn auch Seuffert Archiv S. 117); wie Völderndorff Note 4 behaupten kann, daß Savigny S. 118 „die innere Identität der Papiere au porteur und des Papiergelds anerkenne,“ wird wohl jedem unbegreiflich bleiben, der auf S. 118 (vgl. S. 176) Savigny's Äußerung lieſt, daß „die Inhaberpapiere darin, daß ſie Quantitäten ſind, auf gleicher Linie mit dem Gelde ſtehen, von welchem ſie durch ihre Beſtimmung unterſchieden werden müſſen.“ Mit ebenſoviel Recht könnte Völderndorff behaupten, daß Savigny Getreide, Oehl u. ſ. f. welche er gleichfalls für Quantitäten erklärt (Obl. R. I § 39), für innerlich identiſch mit dem Geld halte.

10) Cf. l. 3 C. de novat. (8, 42) creditori tuo solutionis causa mandaveris actiones. — l. 16C. de solut. (8, 43) l. ult. C. quando fiscus (4,15).

11) Ein Zwang zur Annahme des Inhaberpapiers findet regelmäßig nicht

noch ist man nicht berechtigt zu sagen, daß das Inhaberpapier die thatsächliche Funktion des Geldes, nemlich als Zahlmittel zu dienen, verrichte. So häufig auch dieser Satz wiederkehrt, und obgleich er selbst von solchen Schriftstellern ausgesprochen wird, welche zwischen Inhaberpapier und Papiergeld unterscheiden, so ist er dennoch ungenau und leicht zu Mißverständnissen führend. Es wird nemlich in beiden Gliedern dieses Satzes das Wort Zahlung in einem verschiedenen Sinne genommen: wenn man sagt, das Papiergeld habe die Funktion Zahlungsmittel zu sein, so wird das Wort Zahlung im engeren eigentlichen Sinne genommen; wenn man aber sagt, das Inhaberpapier habe die Funktion als Zahlungsmittel zu dienen, so wird Zahlung im weiteren Sinne genommen, in dem es gleichbedeutend ist mit Tilgung einer Schuld, und in diesem Sinne kann man von jeder sicheren leicht exigiblen Forderung sagen, sie könne als Zahlungsmittel dienen. — Wenn man für 100 Stück Zehn-Thaler-Scheine eine Sache an sich bringt, so hat man dieselbe um diesen Preis erkauft: wer jedoch für 10 Stück Inhaberpapiere (z. B. für 10 Stück Palffyloose) eine Sache an sich bringt, von dem wird kein Jurist behaupten, er habe die Sache gekauft, sondern vielmehr er habe sie im Wege des Tausches erworben.[12]) — Wenn Jemand gegen Geld mehrere Stück Schuld-

---

statt: es kommt hier die Bestimmung der l. 16 cit. zur Anwendung: eum a quo mutuam sumsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui, compelli juris ratio non permittit. Hin und wieder kommt jedoch auch ein Zwang zur Annahme von Papieren vor; so z. B. in Oesterreich jedoch nur in beschränktem Umfang in Ansehung der Grundentlastungsobligationen; hiedurch erhalten diese Papiere dennoch nicht den Charakter des Papiergelds.

12) l. 1 pr. § 1 l. 72 pr. D. de C.E. l. 1 pr. D. de rer.permut. (19, 4). Walter System S. 291 bemerkt, das Inhaberpapier könne „zugleich den Charakter eines Zahlungsmittels und Repräsentanten baaren Geldes erhalten" und behauptet § 257 Note 2, gegen Savigny polemisirend: „wenn Einer den Preis eines Grundstücks in Staatsobligationen entrichte, so werde

briefe, welche etwa einen öffentlichen Kurs haben (z. B. Devisen oder Staatspapiere) zu liefern verspricht, so hat er kein Tausch- sondern ein Verkaufgeschäft geschlossen, während Derjenige, der für die Geldstücke einer Sorte Geldstücke einer anderen Sorte oder für Papiergeld Metallgeld an sich bringt, ein Tausch- nicht ein Kaufgeschäft geschlossen hat. — Wenn Jemand in seinem Testamente einer Person „seine ganze Baarschaft", „all sein Geld" vermacht, so ist unter diesem Legat zwar das vorhandene Papiergeld, aber sicher nicht jedes Inhaberpapier (z. B. Inhaberwechsel, Lotterielooſe, oder Staatsobligationen) begriffen. [13])

Das Papiergeld erscheint jedoch nicht immer in reiner Gestalt. Hin und wieder schließt sich an das Papiergeld ein abstraktes schriftliches Zahlungsversprechen an. Dieß ist in der doppelten Weise möglich, daß das Papiergeld als verzinsliches ausgegeben wird, [14]) oder daß es geradezu in Gestalt eines Inhaberpapieres auftritt, indem es den Inhalt eines Schuldscheines au porteur hat. Dieß letztere ist der Fall bei den Banknoten. Wenn eine Bank vom Staate ermächtigt wird, Papiergeld auszugeben, so geschieht dieß, um dem ausgegebenen Papiergelde allseitige bereitwillige Annahme zu sichern, meistens in der Form, daß die Bank die Verpflichtung übernimmt, dem Inhaber der Banknote die Summe jederzeit in Metallgeld aus-

---

man nicht sagen, er habe gegen diese das Grundstück eingetauscht, sondern er habe damit das Grundstück bezahlt." Diese Behauptung Walter's, in der die Begriffe von Kauf und Tausch, von Zahlen und Geben an Zahlungsstatt, von Geld und Forderung untereinander geworfen sind, bedarf keiner besondern Widerlegung.

13) Vgl. § 680 des österr. Gesetzb. und A. L. R. I 2 § 11. 12.

14) So z. B. wurde in Oesterreich verzinsliches Papiergeld (Reichsschatzscheine) ausgegeben, welches sich jedoch bald als unpraktisch erwies und wieder einberufen wurde. Vgl. Liebe Die allg. deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen (1848) S. 239.

zuzahlen, welche die Banknote als Zeichengeld, als Geldvorſtellungszeichen, repräſentirt.[15]) Dadurch erhalten die Banknoten allerdings einen zwitterhaften Charakter, ſie ſind ſowohl Papiergeld als Zahlungsverſprechen, ſowohl Sache als Forderung.[16]) Ihr Charakter als Papiergeld macht ſich darin geltend, daß die oben angegebenen Wirkungen eintreten. Wer mit Banknoten ſeine Geldſchuld getilgt hat, hat nicht Forderungen an Zahlungsſtatt gegeben; wer für etliche Stück Banknoten eine Sache an ſich bringt, hat nicht getauſcht, ſondern gekauft; im Legat der Baarſchaft ſind auch die Banknoten enthalten;[17]) endlich geht mit dem Untergang der Banknoten, mit der Vernichtung des Papieres rettungslos die darin ausgedrückte Summe unter, ebenſo als wenn die gleiche Summe Metallgeldes ins Meer fiele. Dagegen tritt der Charakter dieſer Papiere als Obligationen darin hervor, daß die Bank die Verpflichtung hat, dem Präſentanten des Papiers die in der Note angegebene Summe in Metallgeld auszuzahlen. Dieſer Charakter der Banknoten tritt beſonders in den Zeiten einer Geldkriſis deutlich

---

15) Vgl. Seuffert Archiv X S. 117. 118, der ſehr richtig bemerkt, daß hier „die Verpflichtung nur Mittel zum Zweck der Emiſſion des fraglichen Papieres ſei, nemlich um demſelben die Erfüllung ſeiner Beſtimmung, den Umlauf als Geld, zu ſichern."

16) Dieſer doppelte Charakter tritt ſchon in der äußern Form der Banknoten hervor, indem ſie als Vorſtellungszeichen des Geldes zunächſt und zwar zu wiederholten Malen die Angabe der Summe Geldes enthalten, welche ſie repräſentiren, woran ſich dann, gewöhnlich in kleinerer Schrift, das Verſprechen anſchließt, dem Überbringer die bezeichnete Summe in Metallgeld auszuzahlen.

17) Das preuß. Landrecht läßt in dieſer Beziehung, m. E. mit Unrecht, den Charakter der Banknoten als Schuldverſchreibungen au porteur prävaliren und ſtellt ſie gleich dieſen nicht unter das „baare Vermögen", ſondern unter das „Capitalvermögen" I 2 § 12; die öſterr. Schriftſteller ſind dagegen mit Recht darüber einig, daß unter dem Legat der Baarſchaft (§ 680 a. b. G. B.) auch die Banknoten begriffen ſeien.

hervor. Es ſtrömen dann die Banknoten maſſenhaft zur Bank, um eingelöſt zu werden; iſt die Bank nicht im Stande, alle die präſentirten Banknoten einzulöſen, ſo bricht über ſie der Konkurs herein, wenn nicht der Staat, der einer ſolchen Bank aus hier nicht zu erörternden Gründen zu Hülfe kommen will, die Bank mittelſt eines individuellen Geſetzes, welches nichts anderes als ein Moratorium iſt, auf gewiſſe Zeit ihrer Verpflichtung enthebt „ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen", d. h. ihre Notenſchuld zu bezahlen. Die natürliche Wirkung einer ſolchen Maßregel iſt die, daß Niemand mehr ein ſolches Geldvorſtellungszeichen annehmen will, und der zweite Schritt, zu dem dann der Staat gedrängt wird, beſteht in der Feſtſetzung eines Zwangskurſes für die Banknoten als Papiergeld. Daraus nun, daß hin und wieder das Papiergeld in Geſtalt eines Inhaberpapieres, eines Schuldſcheines au porteur, auftritt, darf man nicht umgekehrt ſchließen, daß das Inhaberpapier Papiergeld ſei. Und ebenſo unrichtig iſt es, wenn manche Schriftſteller aus dieſer anomalen Geſtalt des Papiergeldes, oder aus einer nebenher übernommenen Verpflichtung des Emittenten des Papiergeldes oder etwa gar einer dritten Perſon (z. B. des Staates, wenn der Emittent des Papiergeldes eine Bank iſt) das Weſen des Papiergeldes ableiten, und dieſes bald dahin definiren wollen, daß „das Papiergeld ein ſchriftlich gegebenes abſtraktes Summenverſprechen ſei, welches durch die geſicherte, keiner Weiterung und Einrede unterworfene Einlösbarkeit geeignet ſei, als Zahlungsmittel ſtatt baaren Geldes zu dienen",[18]) bald dahin, daß

18) So z. B. Brauer Die allgem. deutſche Wechſelordnung 1849 S. 12 fg. und insbeſ. in ſeiner Abhandl. Über die Natur der Wechſelobligationen, im Archiv für Wechſelrecht Bd. III (1853) Nr. XIV § 5. Faßt man das Papiergeld überhaupt als ein ſchriftliches abſtraktes Summenverſprechen auf, dann iſt freilich auch der Wechſel Papiergeld; aber das Papiergeld iſt eben nicht als ein ſolches Verſprechen aufzufaſſen; vgl. Savigny Obl. R. I

das Papiergeld nichts anderes als „Beweisurkunde über eine eingegangene Verpflichtung“ ſei, welche darin beſtehen ſoll, daß der Emittent des Papiergeldes dem Inhaber zu jeder Zeit die in der Note bezeichnete Summe in Metallgeld auszuzahlen verpflichtet iſt, oder daß die Noten an den öffentlichen Kaſſen bei allen Zahlungen nach ihrem Nennwerthe angenommen werden.[19])

Einert will zur Rechtfertigung ſeiner Anſicht zwiſchen „eigentlichem“ und „uneigentlichem Papiergeld“ unterſcheiden; er macht dieſe Unterſcheidung in dem Sinne (S. 61), daß er als „eigentliches“ Papiergeld jenes betrachtet, „welches bei ſeiner Ausgabe und Anfertigung ausſchließlich mit der Beſtimmung zum Umlaufe ſtatt Geldes in die Welt hinausgegeben worden ſei, wogegen wir als uneigentliches eine Menge anderer Zettel, wie Zinskoupons von Staatspapieren, in Umlauf geſetzt ſehen,

---

S. 413. 414. Brauer ſelbſt bemerkt § 6, daß der von ihm aufgeſtellte Begriff des Papiergelds mehr umfaſſe als „man nach der üblichen volkswirthſchaftlichen Sprachweiſe darunter begreife;“ er hätte aber bedenken ſollen, daß die Jurisprudenz in dieſer Beziehung ihre Begriffe aus der Volkswirthſchaftslehre zu entlehnen hat (Savigny a. a. O. § 40). — Auch Thöl Handelsr. II § 149 Note 1 geht von der Anſicht aus, daß das Papiergeld ein abſtraktes Summenverſprechen ſei und meint, „das Wechſelverſprechen habe mit dem Papiergeld das Genus, nemlich das Summenverſprechen gemein, beide unterſcheiden ſich aber ſpezifiſch von einander.“ Dieſe Behauptung iſt m. E. nach allen Seiten hin unrichtig. Das Charakteriſtiſche des Papiergeldes beſteht vielmehr darin, daß es ſowenig wie das Metallgeld ein Summenverſprechen iſt; Wechſel und Papiergeld gehören daher durchaus nicht unter dasſelbe Genus, ſondern der Wechſel iſt ein abſtraktes ſchriftliches Verſprechen, das Papiergeld dagegen eine das Metallgeld vorſtellende Sache; wenn das Papiergeld in der Geſtalt eines Schuldſcheins au porteur auftritt, dann ſetzt ſich an das Papiergeld noch ein abſtraktes ſchriftliches Verſprechen an und in dieſer letzteren ganz ſpeziellen Beziehung unterſcheiden ſich dann Wechſel und Papiergeld ſpezifiſch nicht mehr von einander.

19) So Labenburg in ſeiner Abhandl. „Iſt der Wechſel ein Papiergeld?“ im Archiv für Wechſelrecht Bd. III Nr. VIII § 12. 16. 17.

die die Sitte des Publikums erſt zur Vertretung der Baarzahlung herbeizuziehen und zu benutzen pflegt.“ Einert meint, daß das „eigentliche“ Papiergeld, das Staatspapiergeld, „nicht auf dem Imperativ der Staatsgewalt, nicht auf einem dafür angeordneten Zwangskurs beruhe, ſondern die einzige Bedingung ſeiner Geltung in der Garantie ſeiner Einlöſung und in dem Credit habe, welchen dieſe Garantie im Publico genieße“ und bemerkt, „die Idee, den Zwangskurs als das Wahrzeichen des eigentlichen Papiergelds zu betrachten, und daher nur den Staatsregierungen das Vermögen, ſolches zu kreiren, beizulegen, ſollte ſich ſchon damit erledigen, daß unſer Staatspapiergeld gar nichts an ſich habe, was wir als Zwangskurs bezeichnen möchten, noch mehr aber durch die bereits von Büſch beſprochene und belegte Beobachtung, daß alles Staatspapiergeld nothwendig zum bloßen Papierwerth herabſinkt, wenn der Kredit des Staats, der ſeine Einlöſung mit baarem Gelde garantirt, geſunken iſt.“ So richtig dieſe Bemerkungen an ſich ſind, ſo verwechſelt Einert hier dennoch die finanzielle und die juriſtiſche Verpflichtung. Allerdings hat der Staat die finanzielle Verpflichtung, ſein Papiergeld einzulöſen, eine Verpflichtung, die er zunächſt gegen ſich ſelbſt hat, weil ſonſt ſein Papiergeld in Mißkredit kommt; ebenſo muß der Staat das von ihm ausgegebene Papiergeld einlöſen, wenn er es aus der Cirkulation ziehen will;[20]) allein eine juriſtiſche Verpflichtung zur Einlöſung jeder einzelnen Note nach Sicht hat der Staat nicht.[21]) Der Inhaber des eigentlichen Papiergeldes iſt

20) Vgl. Gönner a. a. O. S. 172. 173. Nur in dieſem Sinn iſt es zu nehmen, wenn man ſich öfters (z. B. Savigny Obl. R. I S. 414) dahin ausdrückt, daß das Staatspapiergeld die Natur einer unverzinslichen Staatsſchuld habe.

21) Es wird hier Papiergeld vorausgeſetzt, welches in reiner Geſtalt auftritt.

durch die Inhabung nicht Gläubiger des Staates, nicht Forderungsberechtigter geworden, der gegen den Staat auf Bezahlung der ſchuldigen Summe (Einlöſung des Papiergeldes) klagen könnte, während der Inhaber des „uneigentlichen“ Papiergeldes z. B. des Wechſels hiezu allerdings berechtigt iſt. Hier wie ſo oft erweiſt ſich die Eintheilung des Gegenſtandes in einen „eigentlichen“ und „uneigentlichen“, als eine Unterſcheidung des Gegenſtandes in Etwas, was er iſt, und Etwas, was er nicht iſt.

Gegen die Auffaſſung der Inhaberpapiere als Papiergeld haben ſich aus mehr oder weniger zutreffenden Gründen die meiſten Schriftſteller erklärt.[22])

§ 2.

II. Einer anderen Anſicht zufolge ſoll das juriſtiſche Princip der Papiere auf den Inhaber darin beſtehen, daß ſie eine Waare ſind. Dieſe Anſicht wird von folgenden Schriftſtellern vertreten:

Pfeiffer Praktiſche Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiſſenſchaft. Bd. I (1825) Nr. VI.

Nebenius Der öffentliche Credit. 2. Aufl. 1829 S. 575.

Bender Der Verkehr mit Staatspapieren im In- und Auslande. 2. Aufl. 1830 §. 35.

Mühlenbruch Die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte. 3. Aufl. 1836 S. 457—461.

Am ausführlichſten und ſchärfſten findet ſich dieſe Anſicht bei Mühlenbruch ausgeſprochen, der ſich folgendermaßen äußert:

22) Deßhalb ſcheint es mir aber inconſequent zu ſein, wenn manche dieſer Schriftſteller (z. B. Gerber Syſtem § 205 Not. 2 Bluntſchli Wechſelr. S. 9), welche das Inhaberpapier nicht als Papiergeld anſehen, um die an ſich richtige Theſis zu vertheidigen, daß auch die deutſche Wechſelordnung den Wechſel nicht als Papiergeld anerkenne, ſich darauf berufen, daß die deutſche W. O. (Art. 4) den Inhaberwechſel ausgeſchloſſen habe.

„Die öffentlichen Schuldſcheine[1]) ſind im Verkehr wie eine Handelswaare zu betrachten, das heißt nicht bloß ſie ſind Gegenſtand des Handelsverkehrs, und gehen häufiger von einer Hand in die andere, wie gewöhnliche Schuldſcheine, ſondern es iſt dieß für ihre rechtliche Natur von weſentlicher Bedeutung. Wir haben nemlich geſehen, daß gewöhnliche Forderungsrechte nicht ſo wie andere Rechtsobjekte veräußert werden können, ſondern entweder durch Delegation, — wodurch eine ganz neue Obligation zwiſchen dem Delegatar und dem Delegatus begründet wird —, oder durch Ceſſion — wobei in mehr als einer Beziehung das Recht des Cedenten als noch fortdauernd gedacht wird. Ganz anders verhält es ſich mit den öffentlichen Schuldſcheinen. Ihre Veräußerung geſchieht wie die einer jeden Handelswaare, d. h. nicht nach dem im Schuldſchein benannten Werth, ſondern nach dem marktgängigen (Kurs-) Preis; durch die Veräußerung hört alles Recht des bisherigen Inhabers ſofort und vollſtändig auf, und von der Möglichkeit, Einreden aus ſeiner Perſon dem neuen Inhaber entgegenzuſetzen, kann hier gar nicht die Rede ſein; eines äußeren Zeichens der Übertragung bedarf es hier gar nicht, ſondern der bloße Beſitz enthält hier wie beim Papiergeld zugleich den Beweis des Rechts; endlich können dieſe Papiere nicht bloß als Schuldokumente, ſondern als reelle Rechtsobjekte Gegenſtand einer Vindication ſein."

Gegen dieſe Anſicht ſpricht Folgendes. Die Eigenſchaft,

---

1) Unter öffentlichen Schuldſcheinen verſteht Mühlenbruch „Staatspapiere und die denſelben gleichgeſetzten, wohin namentlich gehören ſtädtiſche Obligationen, ritterſchaftliche Pfand- oder Kreditſcheine, Schuldſcheine der unter öffentlicher Auktorität beſtehenden Banken und Handelsgeſellſchaften" (S. 459). Privatſchuldſcheine au porteur hält Mühlenbruch gemeinrechtlich für ungültig; „wo aber beſondere Geſetze und Gewohnheiten ſie geſtatten, da müſſen ſie im Verkehr nothwendig ſo behandelt werden, wie die Staatsſchuldſcheine."

daß man Inhaberpapiere kaufen und verkaufen kann, eine Eigenſchaft, welche ſie mit Sachen und den auf Namen lautenden Forderungen gemein haben,[2]) kann ebenſowenig das leitende Princip für die rechtliche Natur derſelben abgeben, als der Umſtand, daß man ſolche Papiere häufiger zu kaufen und zu verkaufen pflegt, d. h. daß man mit ihnen Handel treibt, die rechtliche Natur derſelben zu modificiren im Stande iſt. Auch ſind jene Sätze, welche Mühlenbruch aus der Eigenſchaft dieſer Papiere als Handelswaare ableiten will, nicht Conſequenzen dieſer Eigenſchaft, ſondern vielmehr Vorausſetzungen derſelben, welche dieſe Papiere geeignet machen, mit ihnen Handel zu treiben. Überdieß aber gehen Mühlenbruch ſowohl als Pfeiffer und Bender von der Anſicht aus, daß dieſe Obligationen eigentlich nur Beweisurkunden ſeien, welche ſich „von den gewöhnlichen einen beſtimmten Gläubiger bezeichnenden Schuldverſchreibungen nur in Anſehung der Legitimation des Beſitzers derſelben zum Empfange der darin ausgedrückten Schuld unterſcheiden; weiter erſtrecke ſich jedoch dieſe nicht in dem Darlehensgeſchäfte ſelbſt, ſondern nur in der Beurkundung desſelben begründete Eigenthümlichkeit nicht, und ſie könne daher auch nur auf den mit dem Dokument zu führenden Beweis, nicht aber auf die materiellen Beſtandtheile des Rechtsverhältniſſes ſelbſt einwirken; alle aus der Natur des Darlehensvertrages hervorgehenden Folgen beſtehen auch hier, und ein auf den Inhaber geſtellter Schuldſchein bleibt immer eine über einen ſolchen Vertrag ausgefertigte, denſelben vorausſetzende und nur beweiſende Urkunde“ (Pfeiffer S. 45. vgl. Bender S. 205). Mühlenbruch handelt daher von dieſen Pa-

2) l. 34 §1 D. de C. E.; über den Verkauf von Forderungen überhaupt (emere, vendere nomen); ſ. D. de (hereditate vel) actione vendita (18, 4) t. t C. h. t. 4, 39.

pieren bei der Beſprechung der Frage, „ob die bloße Inhabung des Schuldſcheins ſchon auf eine Ceſſion ſchließen laſſe;“ vgl. Bender S. 317 fg. Daß nun einerſeits die Inhaberpapiere Beweisdokumente über ceſſible Forderungen ſeien und daß andererſeits doch wieder alle die Grundſätze, die bei den Ceſſionen gelten, bei Inhaberpapieren nicht zur Anwendung kommen ſollen, das ſuchen dieſe Schriftſteller vergeblich daraus zu erklären, daß dieſe Papiere häufig gekauft und verkauft, d. h. in ihrem Sinn häufig cedirt werden. Was insbeſonders die aus der Auffaſſung der Inhaberpapiere als Handelswaare abgeleitete Behauptung betrifft, daß der Schuldner dem Inhaber des Papiers Einreden aus der Perſon ſeiner Vorgänger und insbeſonders die exceptio legis Anastasianae entgegenzuſetzen nicht befugt ſei, ſo hat ſchon Linde[3]) dagegen treffend bemerkt, daß der Inhaber, der den Schuldner um Zahlung angeht, in dieſem Moment das Papier ſelbſt nicht mehr als Waare betrachte, die er etwa dem Schuldner zum Kauf anbiete, ſondern daß er dieſem gegenüber als Gläubiger auftrete und das der Schuldverſchreibung zu Grunde liegende Forderungsrecht verfolge: „mit demſelben Recht, womit der Inhaber des Papiers für dasſelbe den Charakter einer Waare mit den daraus folgenden Folgeſätzen in Anſpruch nähme, würde auch der Schuldner den Inhaber als Verkäufer behandeln und den Ankauf ablehnen dürfen.“

Gegen dieſe Auffaſſung der Inhaberpapiere als Handelswaare haben ſich die meiſten Schriftſteller erklärt; ſo z. B.

Souchay III S. 44.

Schumm in der § 3 angef. Schrift S. 49.

Thöl Handelsrecht I § 54 b.

---

3) Zeitſchrift für Civilr. und Prozeß Bd. III S. 18. 19

Savigny Obl. R. II S. 116. 117.[4])
Renaud in der § 5 angef. Abhandl. S. 325—327.

§ 3.

III. Im Gegenſatz zur Auffaſſung der Papiere au porteur als Papiergeld oder als Waare geht eine dritte Anſicht dahin, als juriſtiſches Princip für die Behandlung dieſer Obligationen den Satz aufzuſtellen, daß dieſelben Beweisurkunden ſeien. Dieſer Anſicht iſt die überwiegende Mehrzahl der heutigen Schriftſteller; ihr huldigen nebſt Anderen:

Gönner, Archiv für die Geſetzgebung und Reform des juriſtiſchen Studiums Bd. I (1808) Heft 3 Nr. XXVII S. 471 fg. Beiträge zur Jurisprudenz der Teutſchen (1806) Bd. I Nr. III S. 83 fg. Von Staatsſchulden, deren Tilgungsanſtalten und vom Handel mit Staatspapieren. Abth. I (1826) Capitel III § 56 fg.[1])

Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. XVI S. 441. 442.

Schumm Die Amortiſation verlorner Schuldurkunden (1830) (Beilageheft zum Archiv für die civil. Praxis Bd. XIII) § 10.

Eichhorn Einleitung in das deutſche Privatrecht (5. Ausg. 1845) § 191.

Mittermaier Grundſätze des gemeinen deutſchen Privatrechts (7. Aufl. 1847) § 274.

Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen gemeinen deutſchen Privatrechts 1. Aufl. (1834) § 323—326 2. Aufl. (1855) § 377—381.

---

4) Wenn Walter Syſtem § 257 Not. 3 gegen Savigny polemiſirt und behauptet, daß die Inhaberpapiere „zugleich den Charakter einer Waare erhalten können", ſo überſieht er gänzlich, daß auch Savigny nicht in Abrede geſtellt hat, daß man Staatspapiere kaufen und verkaufen kann.

1) Ich werde dieſe drei Schriften unter der Bezeichnung Gönner I, II, III anführen.

Phillips Grundſätze des gemeinen deutſchen Privatrechts 3. Aufl. (1846) I § 73.

Dunker in der angeführten Abhandl. S. 49.

Hillebrand Lehrbuch des heutigen gemeinen deutſchen Privatrechts (1849) § 98. 99.

Gengler Lehrbuch des deutſchen Privatrechts (1854) I S. 170 fg.

Renaud in der Zeitſchrift für deutſches Recht Bd. XIV Heft 3 (1853) Nr. IX.

Thöl Das Handelsrecht 3. Aufl. (1854) § 54—56.

Walter Syſtem des gemeinen deutſchen Privatrechts (1855) § 257. 258.

Es leuchtet nun von ſelbſt ein, daß mit dieſem Princip eigentlich noch gar nichts Poſitives gewonnen iſt: es iſt hiemit zunächſt nur etwas Negatives geſagt, nemlich daß die Inhaberpapiere nicht als Waare, nicht als Papiergeld, überhaupt nicht als etwas principiell Eigenthümliches zu betrachten ſeien, ſondern daß ſie, wie die gewöhnlichen Schuldſcheine auf den Namen des Gläubigers, nichts anderes als Beweisdokumente für Forderungen ſeien, welche außer ihnen ihr ſelbſtſtändiges Daſein haben. Fragt es ſich nun, wie es komme, daß bei den Papieren au porteur Grundſätze gelten, welche principiell von jenen verſchieden ſind, welche bei den gemeinen Schuldſcheinen auf den Namen des Gläubigers gelten, ſo kann jenes Princip zur Erklärung dieſer Erſcheinungen nicht ausreichen, da dasſelbe Princip ja auch den gewöhnlichen Schuldſcheinen auf den Namen des Gläubigers zu Grunde liegt, und aus der Qualität Beweisdokument immer nichts anderes folgen kann, als daß die Urkunde einen Beweis über das zu Grunde liegende Schuldverhältniß herſtelle, ohne daß daraus für die Natur dieſes Schuldverhältniſſes Folgerungen abgeleitet werden könnten. Die Schriftſteller, welche von dieſem Princip ausgehen, ſind daher genö-

thigt, von außen her die bei den Papieren au porteur geltenden Grundſätze herbeizutragen, und verſuchen es dann, dieſelben mit ihrem leitenden Princip in einen mehr oder weniger innigen Zuſammenhang zu bringen.

Manche Schriftſteller machen es ſich damit ziemlich leicht. Sie ſtellen ganz einfach zwei oder drei Rechtsſätze (die Papiere auf Inhaber ſind Beweisdokumente; der Schuldner iſt verpflichtet, jedem Vorzeiger zu zahlen; er iſt nicht berechtigt, Einreden, die ihm gegen den Vormann zuſtehen, gegen den Inhaber geltend zu machen) neben einander hin, ohne ſich weiter darum zu kümmern, wie dieſelben zu einander paſſen mögen, und verſichern bloß, daß all dieß die Folge der durch Gewohnheitsrecht anerkannten Klauſel „an den Inhaber" ſei. Bei dieſen Schriftſtellern findet ſich ſomit nicht einmal ein Verſuch einer juriſtiſchen Conſtruktion der in Frage ſtehenden Verhältniſſe. In dieſe Kategorie gehört Maurenbrecher, indem er ſagt „die ganze Eigenthümlichkeit rühre von der Klauſel an den Inhaber her, durch welche der Schuldner ſich bereit erkläre, jedem Zeiger zahlen zu wollen; die gemeine Gewohnheit habe dieſer Klauſel verbindliche Kraft beigelegt und da das römiſche Recht nichts Ähnliches kenne, ſo könne es durchaus nicht zur Analogie dienen; das Weſen der Sache beſtehe aber darin, daß die Zahlung an den Beſitz des Obligationsdokumentes geknüpft ſei;"[2]) ferner Dunker, der ohne weitere civiliſtiſche Vermittelung bloß die Sätze neben einander ſtellt, daß „die Inhaberpapiere als Be-

2) Maurenbrecher geht auch in der 2. Aufl. (§ 377 a. E.) davon aus, daß Inhaberpapiere „bei andern Leiſtungen als bei Geldzahlungen nicht vorkommen;" er ſtellt die originelle Behauptung auf (§ 378), daß bei dieſen Papieren „der Gläubiger allerdings beſtimmt (persona certa) aber nicht genannt ſei" und leitet aus der Klauſel „an den Inhaber" beſondere Wirkungen in Anſehung des Schuldners und des Gläubigers ab (§ 379. 380).

weismittel für das unabhängig von der Urkunde beſtehende Forderungsrecht zu betrachten ſeien, daß daher der Untergang jener nicht auch den Verluſt dieſes zur Folge habe, daß der Inhaber mit dem Verſprechen des Schuldners als ſelbſtſtändiger Gläubiger erſcheine, und daß derjenige, welchem gegenüber der Schuldner ſich zu zahlen verpflichtet habe, gar nicht in Betracht komme;" endlich Phillips,[3]) Hillebrand und Eichhorn, welch Letzterer ſich begnügt zu ſagen, daß „bei allen auf Inhaber lautenden Schuldſcheinen die Vindikation gegen den Inhaber in gutem Glauben nicht ſtattfinde, wodurch jedoch die Schuldſcheine, ſo wenig als der Wechſel, die Eigenſchaft einer Schrift, welche zunächſt nur zum Beweis einer Forderung diene, ganz verlieren können."

Tiefer gehende Unterſuchungen über das Weſen der Papiere au porteur hat Gönner angeſtellt. Nach ſeiner Anſicht ſind die Inhaberpapiere nicht ihrer juriſtiſchen Natur nach, ſondern nur „in Beziehung auf den Verkehr von gemeinen Schuldbriefen verſchieden;" ſie ſtimmen mit dieſen vielmehr darin überein, daß ſie nur „Beweismittel des unabhängig[4]) von der Ur-

3) Dieſer Schriftſteller ſagt bloß (S. 501), daß ſolche Papiere „ihrer Natur nach Schuldſcheine und Beweismittel für die Forderungen ſeien", daß aber „bei ihnen derjenige, der dem Schuldner die Verſchreibung vorzeige, für den Gläubiger gelte, und daher ein jeder, der in den Beſitz eines ſolchen Schuldſcheins gelange, die durch denſelben begründete Forderung ohne weiters geltend machen könne" (S. 500).

4) Es findet ſich bei Gönner öfters die Behauptung ausgeſprochen, daß das Papier zugleich als Symbol der Forderung zu betrachten ſei, daß die Urkunde das Forderungsrecht enthalte, daß das Papier die Obligation ſei; ja Gönner leitet daraus ein Argument für die Unzuläſſigkeit der Vindikation von Inhaberpapieren ab, indem die Vindikation des Papiers eigentlich eine Vindikation der Forderung wäre (III § 70 insbeſ. S. 234 u. 243). Es iſt nunmehr darüber Streit entſtanden, ob Gönner in der That das Forderungsrecht mit der Urkunde verwechsle, oder ob er ſich nur ungeſchickt ausgedrückt habe. Während Mittermaier § 274 Note 7, Thöl § 55 Nr. II und wie es

kunde beſtehenden Forderungsrechtes[5]) ſind.“ Die „Beziehung auf den Verkehr“, welche die Verſchiedenheit der Inhaberpapiere von den gemeinen Schuldbriefen bewirkt, beſteht nach Gönner darin, daß während „gemeine Schuldbriefe den Gläubiger nennen, und daher jeder Erwerber weiß, daß zur Übertragung des Eigenthümers Conſens nothwendig ſei, jeder Erwerber ſich daher vor Schaden hüten kann, und ſich ſelbſt den Schaden zuſchreiben muß, den er durch Vernachläſſigung der nothwendigen Vorſicht leidet, bei den Inhaberpapieren dem Erwerber alle Mittel entzogen ſind, von ſich den Schaden abzuwenden“ (I S. 474 II S. 84). Die durch dieſe Rückſicht auf den Verkehr erzeugte Verſchiedenheit der Inhaberpapiere von gewöhnlichen Schuldbriefen aber beſteht in Folgendem. Sowohl die durch gemeine Schuldbriefe als die durch Inhaberpapiere beurkundeten Forderungen gehen durch Ceſſion über; aber „während bei jenen die Übergabe der Urkunde nicht genügt, ſondern noch eine beſondere Ceſſionsurkunde erforderlich iſt, iſt bei dieſen die Übergabe des Papiers zur Vollendung und zum Beweiſe der Ceſſion allein hinreichend; denn die Urkunde erklärt den Inhaber als den Gläubiger, und ſelbſt der Grund, aus welchem dieß geſchehen iſt, befreit den Inhaber der Urkunde von jeder Nothwendigkeit, irgend eine Formalität zu beobachten, oder für irgend einen anderen Beweis der rechtlichen Erwerbung zu ſorgen; die Übergabe der Urkunde vollendet alles und der Inhaber derſelben iſt durch das Innehaben ſelbſt als Eigenthümer der Forderung legitimirt, daher den Rechtstitel, unter welchem die Per-

---

ſcheint auch Savigny Obl. R. II S. 155 Note c der erſteren Anſicht ſind, ſucht Schumm Gönner'n gegen einen ſolchen Vorwurf zu vertheidigen, S. 45 fg. u. S. 64 Note 47.

5) Und zwar geht Gönner (dem auch hierin Schumm folgt) davon aus, daß es immer eine Darleihensforderung ſei, über welche das Inhaberpapier ausgeſtellt werde.

ſon, von der er die Urkunde an ſich gebracht, ihm dieſelbe übergeben habe, anzugeben nicht verbunden" (III § 69). Der Beſitz des Papiers hat ſomit die Wirkung, daß er den Inhaber zur Sache legitimirt: wer das Papier dem Schuldner präſentirt, iſt dadurch allein als wahrer Gläubiger d. h. als Ceſſionar legitimirt, wobei jedoch Gönner (III S. 232 Note * vgl. auch Schumm S. 52) dem Schuldner den Beweis des Gegentheiles vorbehält. Der Inhaber des Papieres iſt aber durch den Beſitz nicht bloß dem Schuldner, ſondern auch dritten Perſonen gegenüber legitimirt; „auch im Verhältniß zu Dritten iſt der Beſitzer als der wahre Forderungsberechtigte anzuſehen, wenn anders der Zweck der Ausſtellung von au porteur lautenden Schuldbriefen, nemlich die möglichſte Erleichterung der Cirkulation dieſer Papiere erreicht werden ſoll. Derjenige, welchen der Beſitz der Urkunde als Gläubiger bezeichnet, hat nicht bloß eine Präſumtion für ſich, daß er der Gläubiger ſei, ſondern er iſt wirklich der Gläubiger in Anſehung eines Jeden, der mit ihm ein Rechtsgeſchäft eingeht, und ſich die Urkunde aushändigen läßt" (III S. 192—194). Hieraus leitet denn Gönner auch den Satz ab, daß die Vindikation dieſer Papiere gegen den dritten redlichen Beſitzer nicht ſtattfinde (III § 70 S. 239—242): „der Rechtstitel, unter welchem der Inhaber die Urkunde erhalten hat, äußert ſeine Wirkung zwar unter den Contrahenten, aber einen Dritten, der hiervon keine Wiſſenſchaft hat, und darnach zu fragen weder berechtigt noch verbunden iſt, geht jener Contrakt nichts an, er hält ſich an die allein denkbaren äußeren Merkmale, an das Innehaben der Urkunde, aus welchem, der Inſtitution ſolcher Urkunden gemäß, der Gläubiger zu erkennen iſt, und erwirkt mit der ausgehändigten Urkunde jenes Recht an der Forderung, Eigenthum- oder Pfandrecht, wozu ſein Rechtstitel geeignet iſt" (III S. 194 vgl. auch S. 208 fg.).

Dieſe Anſicht Gönner's, daß die Inhaberpapiere Beweisdokumente über eine unabhängig von ihnen beſtehende (Darlehns-) Forderung ſeien, daß ſie durch Ceſſion übertragen werden, daß aber bei ihnen der Beſitz ſowohl dem Schuldner als Dritten gegenüber die Sachlegitimation enthalte, iſt von vielen Schriftſtellern gebilligt worden; ſo von Schumm in einer klaren und umſtändlichen Ausführung,[6]) ebenſo von Bülow in den Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerl. Rechts I (1817) Nr. XVII und Glück a. a. O. Auch Mühlenbruch und Pfeiffer ſehen in der Übertragung dieſer Papiere eine Ceſſion, wobei die Eigenthümlichkeit ſtattfinde, daß „ſchon die bloße Innehabung auf eine Ceſſion ſchließen laſſe", und daß „der Beſitzer des Papieres zum Empfange der Schuld legitimirt ſei;" deßgleichen Mittermaier (§. 274 Nr. VI), Gengler,[7]) Seuffert Praktiſches Pandektenr. (3. Aufl. 1852) § 298 u. A.[8])

Die Frage, welche hier ſofort entſteht, iſt die: wie kommt es, daß dem Inhaber des Papieres Einreden aus der Perſon ſeiner Vorgänger nicht entgegengeſtellt werden können, während dieß doch bei Ceſſionen ſonſt der Fall iſt? Auf dieſe Frage ſind

---

6) Dieſer Schriftſteller bemerkt S. 53. 54 noch ausdrücklich, daß es hier keiner Denuntiation an den debitor cessus bedürfe, weil dieſer ſchon ohnehin an den Cedenten, der das Papier nicht mehr in Händen habe, nicht mehr mit Erfolg zahlen könne.

7) S. 171 Nr. 1 „Papiere au porteur ſind wahre Beweisdokumente" — Nr. 4 „die Veräußerung eines Schuldbriefs au porteur läßt ſich als eine formloſe, durch bloße Einhändigung des Blattes perfekt werdende Ceſſion der dadurch dokumentirten Forderung auffaſſen."

8) Auch das öſterr. bürgerl. Geſetzbuch handelt von den Inhaberpapieren unter der Rubrik Ceſſion und beſtimmt im Schlußſatz des § 1393: „Schuldſcheine, die auf den Überbringer lauten, werden ſchon durch die Übergabe abgetreten und bedürfen neben dem Beſitz keines andern Beweiſes der Abtretung."

jene Schriftſteller nicht im Stande, eine befriedigende Antwort zu geben. Sie vermögen weder dieſen Satz aus ihrem leitenden Princip, daß die Inhaberpapiere Beweisdokumente ſind, abzuleiten, noch können ſie dieſe exorbitante Abweichung von den Grundſätzen der Ceſſion anders als auf rein äußerliche und gezwungene Weiſe erklären. So meint Gönner (II S. 85), daß „eben darum, weil ſolche Schuldbriefe die Perſon des Gebers nicht nennen, ſondern die Zahlung dem Inhaber zuſichern, auf die perſönlichen Verhältniſſe desjenigen, welcher zuerſt, oder durch Ceſſion mit der Urkunde das Recht zu der darin bemerkten Summe erwarb, gar nicht geſehen werden könne.“ Dieß iſt offenbar eine petitio principii; denn wenn die Inhaberpapiere bloß Beweisdokumente ſind, und der jeweilige Inhaber durch den Beſitz nur als aktiv legitimirt erſcheint, ſo kann die Folge nur die ſein, daß er ſo zu behandeln iſt, wie bei den gemeinen Schuldbriefen derjenige, der umſtändlich die an ihn geſchehene Ceſſion nachgewieſen hat; d. h. jenem müßten wie dieſem die Einreden aus der Perſon des Vormannes entgegengeſetzt werden können. Ebenſo unbefriedigend iſt was Schumm S. 52. 53 ſagt; er verſichert ganz einfach, „es verſtehe ſich von ſelbſt, daß, wenn die Schuld ihrer Entſtehung nach anerkannt werden müſſe, keine eigentlichen Einreden vorgeſchützt werden können, welche nicht bloß in der Perſon des Präſentanten ihren Grund haben, ein Satz, welcher durch die Beſtimmung der au porteur geſtellten Schuldbriefe zur Cirkulation nothwendig bedingt ſei.“ Mittermaier (§ 274 VI) ſagt ohne alle weitere Begründung: „die bei Ceſſionen vorkommenden Beſchränkungen (daher auch die Einrede des anaſtaſiſchen Geſetzes) können auf Verkäufe von ſolchen Staatspapieren (au porteur) nicht angewendet werden.“ Gengler endlich meint (S. 172 Nr. 5) „Einreden aus der Perſon ſeines Vorgängers habe ſich der Vorzeiger

von Seite des Ausstellers nicht gefallen zu lassen; insbesonders könne von der exceptio legis Anastasianae keine Rede sein. Die Gründe hiefür liegen theils in dem kommerziellen Zweck dieser Papiere, welcher sonst kaum erreicht werden dürfte, theils in der Formel au porteur selbst, welche doch offenbar die Erklärung des Ausstellers enthalte, daß er den Besitzer als rechtmäßigen Gläubiger anerkennen und auf etwa in Mitte gelegene Cessionen durchaus nicht reflektiren wolle." Der zuletzt angeführte Grund enthält unzweifelhaft eine petitio principii; was aber den „kommerziellen Zweck" betrifft, so kann derselbe nicht bewirken, daß jene Rechtssätze, welche zu dem Wesen eines Rechtsinstitutes gehören, nicht gelten sollen, und daß das Rechtsinstitut doch noch immer dasselbe bleiben soll. Was insbesonders die Einrede des anastasischen Gesetzes betrifft, so ist man freilich allgemein darüber einig, daß sie bei den Inhaberpapieren unzulässig sei, aber die Begründung dieser Unzulässigkeit gelingt keinem dieser Schriftsteller. Die Meisten (z. B. Mittermaier und Gengler a. a. O. Gönner III § 62) meinen im Einklange mit Pfeiffer S. 46 und Mühlenbruch S. 546, daß diese Papiere ihren Zweck nicht erreichen würden, „wenn sie nach Art des Papiergeldes frei und ungehemmt zirkuliren könnten, und wenn nicht zugleich dem Inhaber die Aussicht bliebe, den vollen Werth dermaleinst zu erhalten." Andere[9]) nehmen einen stillschweigenden Verzicht des Schuldners an, ohne zu erklären, wie auf diesen Verzicht der dritte Inhaber, mit welchem der Aussteller doch nicht paktirt hat, sich solle berufen können, und ohne zu bedenken, daß ein solcher Verzicht als contra jus

9) So Spangenberg in Gans Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege in Hannover I (1826) Hft. 1 S. 65—68, dem Linde in der Gießen. Zeitschr. III (1830) Abh. II S. 15—20 und Thöl in der 2. Aufl. des Handelsr. § 54 Note 8 beistimmen.

publicum anſtoßend[10]) ganz und gar ungültig ſei. — Die angeführten Schriftſteller behaupten ſonach, daß eine Übertragung des Inhaberpapieres eine Ceſſion ſei, und behaupten zu gleicher Zeit, daß keiner der Rechtsſätze, welche bei Ceſſionen gelten (Denuntiation an den Schuldner, Zuläſſigkeit von Einreden aus der Perſon des Cedenten, Anwendbarkeit der lex Anastasiana) bei den Inhaberpapieren zur Anwendung kommen; ſie laſſen den Präſentanten durch den Beſitz des Papieres als Ceſſionar legitimirt ſein, ſie geſtatten aber gegen den durch den Beſitz als Ceſſionar legitimirten Inhaber dennoch keine jener Einreden, die dem debitor cessus gegen den Ceſſionar zuſtehen. Wie kann man dann noch von einer Ceſſion ſprechen?

Ferner entſteht noch die Frage: wie man es ſich civiliſtiſch zurecht zu legen habe, daß der jeweilige Beſitzer des Inhaberpapieres ein eigenes ſelbſtſtändiges Recht darauf habe, daß der Ausſteller des Papieres *ihm* zahle, daß *ihm*, dem dritten Beſitzer des Papieres gegenüber, der Ausſteller desſelben verpflichtet ſei, ihn ohne weiteres als legitimirt zu betrachten? Die Antwort, welche jene Schriftſteller auf dieſe Frage geben, dafern ſie überhaupt auf dieſelbe eingehen, iſt ganz unbefriedigend.

---

10) Darüber, daß die Beſtimmung der lex Anastasiana (l. 22 C. mand. 4, 35) zum jus publicum gehöre, kann wohl kein Zweifel herrſchen; ein im vorhinein geſchehener Verzicht des Schuldners auf die aus dieſem zwingenden Geſetz für ihn entſpringende Rechtswohlthat iſt daher als contra jus publicum geſchehen vollkommen unwirkſam und den Schuldner nicht bindend, obgleich dieſer es allerdings unterlaſſen kann, im Prozeß dem Kläger die exceptio legis Anastasianae entgegenzuſetzen. Aus dem gleichen Grund iſt ein im vorhinein geſchehener Verzicht auf das Abzugsrecht nach der lex Falcidia vollkommen unwirkſam l. 15 § 1 D. ad leg. Falc. (35, 2), ebenſo ein im vorhinein geſchehener Verzicht auf die Rechnungslegung des Vormunds l. 5 § 7 D. de adm. tut. (26, 7), oder ein Verzicht des Hausſohns auf das Sc. Macedonianum (Glück XIV § 900, Wangerow I § 245 Anm. a. E.); ob der Verzicht auf die Rechtswohlthat des Sc. Velleianum zuläſſig ſei, iſt bekanntlich in hohem Grad beſtritten (vgl. Wangerow III S. 170 fg.).

So meint z. B. Schumm S. 50 „der Ausſteller ſei vermöge der Stipulation verpflichtet, den Inhaber (Präſentanten) als ſeinen wahren Gläubiger zu betrachten und zu behandeln, alſo demſelben ohne weitere Unterſuchung als über die Echtheit der produzirten Urkunde zur rechten Zeit Zahlung zu leiſten.“ Aber wem leiſtet der Ausſteller dieſes Verſprechen, mit wem geht er dieſe ihn verpflichtende Stipulation ein? Gengler (S. 171 Nr. 1) hat dieſe Frage dahin zu löſen geſucht, daß es ſich hier um „ein mit einem unbekannten Kreiſe von Perſonen geſchloſſenes obligatoriſches Verhältniß“ handle. Aber iſt dieſer unbekannte Kreis etwa als Einheit berechtigt zu klagen, wenn der Schuldner dem Inhaber nicht zahlt, oder vertritt etwa der jeweilige Inhaber den „unbekannten Kreis?“

Was endlich die Behauptung betrifft, daß der Inhaber des Papiers Dritten gegenüber durch den Beſitz als zur Übertragung der Forderung legitimirt erſcheine, ſo halte ich dieſelbe für vollkommen unrichtig. Die Gründe für die Unrichtigkeit derſelben können jedoch noch nicht hier, ſondern erſt weiter unten vorgebracht werden.

§ 4.

Thöl's Anſicht von der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere (Das Handelsrecht I. Bd. 3. Aufl. [1]) 1854 § 54—56) ſtimmt im Weſentlichen mit der Auffaſſung Gönner's überein. Es werden jedoch die Grundgedanken von Thöl mit ungleich größerem Scharfſinn entwickelt, und das leitende Princip, ſo wie die Folgeſätze mit jener Präciſion und in der ſcharfkantigen Manier hingeſtellt, welche wir in den Werken dieſes Schriftſtellers mit Freude zu finden gewohnt ſind. Thöl geht (§ 54 b) davon aus, daß die Papiere auf den Inhaber „Be-

1) In der 2. Auflage (1847) § 54—56 hatte Thöl zum Theil noch andere Grundſätze, zum Theil andere Begründungen aufgeſtellt; vgl. Note 3. 4.

weisurkunden seien, und zwar Beweisurkunden, welche einerseits die Forderung beweisen sollen, worin nichts Eigenthümliches liege, und welche anderseits die Leichtigkeit der Legitimationsnachweisung[2]) bezwecken. Hierin liege ihre Eigenthümlichkeit." Die Legitimation wird bedeutend nach zwei Seiten hin: nach der Seite der Geltendmachung der Forderung, und nach der Seite der Übertragung der Forderung d. h. dem Schuldner und jedem Dritten gegenüber. „Bei den Inhaberpapieren soll jeder mögliche und wirkliche Legitimationsgrund, was den Beweis betrifft, in dem Besitz aufgehen." — Es ist dieß ganz dieselbe Auffassung, von der Gönner ausgeht. Die Inhaberpapiere sind Beweisdokumente über eine unabhängig von ihnen bestehende Forderung; der Besitz legitimirt und zwar sowohl ad causam dem Schuldner, als

2) Thöl meint (S. 224), man müsse die Legitimation und die Legitimationsnachweisung unterscheiden; „es führe zu Verirrungen, wenn man die Legitimation und die Legitimationsnachweisung, also das Recht und den Beweis des Rechts, nicht unterscheide" (§ 54b Note 4). Diese Unterscheidung, welche Thöl im Widerspruch mit der herrschenden Theorie machen will, ist rein willkürlich und ganz ungerechtfertigt. Die Legitimation ist nicht Berechtigung, sondern Nachweisung einer behaupteten Berechtigung, z. B. der Berechtigung selbstständig vor Gericht zu stehen (s. g. legitimatio personae), in einer fremden Sache vor Gericht zu handeln (s. g. legitimatio ad processum), fremde Rechtssachen zu führen (s. g. legitimatio ad praxin) oder einen Anspruch in eigenem Namen (z. B. als ursprünglicher Gläubiger, Cessionar, Eigenthümer, Erbe u. s. f.) gegen diesen bestimmten Beklagten zu erheben (s. g. legitimatio ad causam, Aktiv-Passivlegitimation): wer die von ihm behauptete Berechtigung nachgewiesen hat, der hat sich hiemit zu dem betreffenden Akt legitimirt. In diesem Sinn wird das Wort Legitimation mit Recht von allen Schriftstellern gebraucht (z. B. von Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 80. 81. Bayer Vorträge über dem gem. ordentl. Civilprozeß 8. Aufl. § 21. Brakenhöft im R. L. VI S. 353 fg.). Die von Thöl beliebte Legitimationsnachweisung wäre nichts anderes als Nachweisung einer Nachweisung: die Legitimationsprüfung aber ist nicht Prüfung der Berechtigung, sondern Prüfung der Nachweisung der behaupteten Berechtigung.

jedem Dritten gegenüber. Der Beſitzer des Papieres erſcheint daher dem Schuldner gegenüber als berechtigt zur Geltendmachung der Forderung und zwar behält Thöl (§ 54 f)[3]) gerade ſo wie Gönner dem Schuldner den Gegenbeweis vor. Der Beſitzer des Papieres erſcheint den Dritten gegenüber gleichfalls als berechtigt und zwar zur Übertragung der Forderung; auch dieſe Legitimation beruht auf dem nothwendigen Willen Aller, unter denen ein ſolches Papier cirkulirt. Derjenige, der im guten Glauben das Papier mit dem Gläubigerwillen von dem Inhaber desſelben erworben hat, wird wirklich Gläubiger (§ 54 c): es iſt gerade ſoviel, als hätte ihm der wahre Gläubiger ſelbſt ſeine Forderung cedirt, da dieſer durch Annahme eines ſolchen Papiers, welches er nicht außer Kurs geſetzt hat, zu erkennen gibt, daß jeder Dritte den Beſitzer für den wahren Gläubiger zu halten befugt ſein ſolle. Eine Vindikation des Inhaberpapieres gegen den redlichen Beſitzer iſt daher ausgeſchloſſen (§ 55).

Dagegen weicht Thöl von Gönner in folgendem Punkte ab. Während Gönner die Aktivlegitimation des Inhabers des Papieres dem Schuldner gegenüber dahin verſteht, daß der Vorzeiger des Papieres als wahrer Gläubiger erſcheine, iſt Thöl (§ 54 e) der Anſicht, daß „aus dem Beſitz nicht nur nicht erhelle, aus welchem Grund der Beſitzer Gläubiger ſei, wenn er es iſt, ob als urſprünglicher Contrahent, oder ob als Ceſſionar oder ob als Erbe und als weſſen Erbe, ſondern nicht einmal, ob der Beſitzer Gläubiger, oder nur Mandatar des Gläubigers ſei. Die Vermuthung muß ſich nothwendig auf alle möglichen Legitimationsgründe erſtrecken. Denn für eine Beſchränkung derſelben auf einzelne beſtimmte fehlt es an allem Grunde.“

3) Anders noch in der 2. Aufl. § 54 Nr. 2.

Nach der Anſicht Thöl's entſpringt alſo aus dem Beſitz nicht die Vermuthung, daß der Beſitzer Gläubiger ſei, aber auch nicht, daß er Mandatar ſei: der Beſitzer iſt durch den Beſitz nur zur Geltendmachung der Forderung legitimirt, ob als Gläubiger oder als Mandatar des Gläubigers, das erhelle nicht aus dem Beſitz. Der Schuldner muß dem Vorzeiger zahlen, weil dieſer durch den Beſitz zur Geltendmachung legitimirt iſt, während darüber, ob der Beſitzer zu dieſer Geltendmachung durch die Gläubigerſchaft oder die Mandatarſchaft befugt ſei, aus dem Beſitz allein nichts hervorgehe. Der Unterſchied dieſer Auffaſſung macht ſich ſofort in einer wichtigen Beziehung geltend. Gönner vermag den Satz, daß der Schuldner dem Vorzeiger des Papieres Einreden aus der Perſon ſeiner Vormänner entgegenzuſetzen nicht berechtigt ſei, nur aus Rückſicht für den Verkehr zu rechtfertigen. Thöl dagegen glaubt aus ſeiner Auffaſſung der Legitimation durch den Beſitz mit innerer Nothwendigkeit jenen Satz ableiten zu können. Er ſagt: „weil der Inhaber lediglich in ſeiner Eigenſchaft als Beſitzer des Papieres die Forderung geltend macht, ſo fällt nothwendig jede Einrede weg, welche ein beſtimmtes Legitimationsverhältniß vorausſetzt. Eine ſolche Einrede kann gar nicht mit Erfolg vorgeſchützt werden, weil der Inhaber weder verpflichtet iſt, ein beſtimmtes Legitimationsverhältniß anzugeben, noch wenn ein ſolches gegen ihn behauptet wird, ſich auf die Behauptung einzulaſſen. Dieß iſt der Grund, warum die Berufung auf das anaſtaſiſche Geſetz und die Einrede der Compenſation wegfällt. (§ 54 f II.)[4]) In Note 8 zu dem angeführten § fügt Thöl hinzu: „die

4) In der 2. Aufl. hat Thöl von der Einrede der Compenſation noch nichts erwähnt, die Unzuläſſigkeit der Berufung auf das anaſtaſiſche Geſetz aber damit darzuthun verſucht (§ 54 Nr. 4), daß der Schuldner, indem er die Schuldurkunde auf den Inhaber hat ſtellen laſſen, auf jene Berufung verzichtet habe,

Berufung auf das anaſtaſiſche Geſetz ſetzt voraus, daß der Inhaber Ceſſionar ſei, er kann aber auch urſprünglicher Gläubiger ſein" und in Note 9 „die Einrede der Compenſation ſetzt voraus, daß der Inhaber Gläubiger ſei, er kann aber auch Mandatar des Gläubigers ſein."

Ich bin der Überzeugung, daß nicht nur Thöl's Auffaſſung der Bedeutung der Aktivlegitimation durch den Beſitz die unrichtige ſei, ſondern daß ſelbſt, wenn ſie richtig wäre, die von Thöl gezogenen Folgerungen ſich durchaus nicht aus ihr ergeben würden.

Wenn Jemand als Kläger auftritt und eine Forderung geltend macht, ſo muß immer aus der Klage hervorgehen, ob er als Gläubiger oder Ceſſionar oder bloß als Mandatar des Gläubigers auftritt. Bei Papieren auf Namen iſt darüber kein Zweifel, daß ſich aus der Klage herausſtellen müſſe, ob der Kläger ad causam[5]) oder bloß ad processum legitimirt ſei. Der Umſtand, daß das Papier auf den Inhaber lautet, kann an dieſen Grundſätzen des Prozeßrechtes keine Änderung bewirken; der Schuldner muß auch hier wiſſen, ob er es mit dem Gläubiger, oder bloß mit dem Mandatar zu thun habe. Der Satz Thöl's (S. 237): „wenn der Beſitzer keinen beſtimmten Legitimationsgrund behauptet, ſondern darüber ſchweigen will,

---

welcher Verzicht auch aus dem Zweck der Ausſtellung einer ſolchen Urkunde, daß ſie wie baare Münze kurſiren ſolle, hervorgehe, vgl. den vorhergeh. § Note 9.

5) Ich nehme hier den Ausdruck legitimatio ad causam in der Bedeutung, in welcher man ihn h. z. T. ſeit der claſſiſchen Abhandlung Bethmann's Über die Legitimation zur Sache (in dem Note 2 angef. Werk S. 78—138) zu nehmen gewohnt iſt, nemlich als Nachweiſung, daß derjenige Anſpruch, welchen eine Partei gerichtlich verfolgen will, gerade ihr und zwar gerade gegen dieſen Beklagten zuſtehe. Unter Legitimation zur Sache iſt alſo hier ſowohl Nachweis der urſprünglichen als der durch Erbgang oder Ceſſion übergegangenen Gläubigerſchaft zu verſtehen.

was er darf(?), ſo geht die Vermuthung im Allgemeinen dahin, daß dem Beſitz irgend eines der möglichen zur Geltendmachung der Forderung berechtigenden Verhältniſſe zu Grunde liege," iſt entſchieden unrichtig. Eine Klage, bei der irgend ein mögliches Rechtsverhältniß zu Grunde läge, in der nicht beſtimmt angegeben wäre, welches Rechtsverhältniß derſelben zu Grunde liege, wäre eine durchaus fehlerhafte, welche der Richter von Amtswegen angebrachtermaßen zu verwerfen hätte.[6]) Da nun aber in der That der Kläger aus einem Inhaberpapiere bloß auf das Papier hin klagt, und dieſe Klage von jedem Gericht als zuläſſig erkannt wird, ſo bleibt nichts anderes übrig, als aus der Natur dieſes Papieres zu entſcheiden, ob der Kläger durch den Beſitz als ad causam oder ad processum legitimirt zu betrachten ſei. Die Löſung dieſer Frage kann nicht ſchwer ſein. Iſt wie Thöl (§ 54 g) behauptet, bei der Veräußerung eines Papieres auf den Inhaber der Wille regelmäßig auf eine Übertragung der Forderung gerichtet, iſt die Veräußerung des Papieres zunächſt in dieſem Sinne zu verſtehen, und iſt die Übergabe des Papiers regelmäßig von der Übertragung der Forderung begleitet (§ 54 c I), ſo iſt auch umgekehrt anzunehmen, daß der jeweilige Beſitzer des Papiers der wahre Gläubiger ſei, der Schuldner hat den Kläger als ſolchen zu behandeln, und es iſt Sache des Klägers, wenn er nicht als ſolcher behandelt werden will, in der Klage anzugeben, daß er bloß Mandatar ſei, daß er nicht in eigenem Namen, ſondern für einen Andern klage.[7]) Es iſt geradezu ein Widerſpruch, wenn

6) Vgl. Schmid Handb. des gem. deutſchen Civilprozeſſes II § 96. Bayer a. a. O. § 173.

7) Etwas Ähnliches findet ſich bei Wechſeln; der Indoſſatar erſcheint dem Schuldner gegenüber im Prozeß als Wechſelgläubiger, wenn nicht aus dem Indoſſament durch die Clauſel „zur Einkaſſirung, in Prokura oder eine

Thöl (§ 54c § 55) den Beſitzer des Papieres Dritten gegenüber nicht als möglichen Mandatar, ſondern geradezu und ohne weiteres als wirklichen Gläubiger erſcheinen läßt,[8]) und wenn er dem Schuldner gegenüber doch wieder dieſes Verhältniß im Ungewiſſen belaſſen will. Zum gleichen Reſultate kommt man aber auch vom rein prozeſſualiſchen Standpunkt aus. Derjenige, der im Namen einer Partei als Kläger vor Gericht erſcheint, muß ſich vor Gericht durch eine Vollmacht ad processum legitimiren. Indem nun der Inhaber des Papieres keine beſondere Vollmacht vorbringt, welche ihn als Stellvertreter des wahren Gläubigers erſcheinen läßt,[9]) ſo bleibt nichts anderes übrig, als ihn als Kläger in eigenem Namen zu betrachten.

Aber ſelbſt angenommen, daß ſich die Vermuthung aus dem Beſitz auf alle möglichen Legitimationsgründe erſtrecke, daß es mithin ungewiß bleibt, ob der Kläger Gläubiger oder Mandatar des Gläubigers ſei, ſo kann ſich hieraus höchſtens ergeben, daß der Schuldner dem Kläger jene Einreden nicht entgegen ſetzen könne, welche aus deſſen (des Klägers) Perſon entnommen werden. Alle die Einreden jedoch, die dem Schuldner gegen den erſten Gläubiger zuſtehen,[10]) müßte er auch jedem ſpäteren Inhaber

---

andere die Bevollmächtigung ausdrückende Formel" hervorgeht, daß der Indoſſatar bloß als Mandatar des Wechſelgläubigers auftrete. Art. 17 der D. W. O.

8) Denn wäre dieß nicht, ſo müßte jeder Dritte, der mit dem jetzigen Inhaber des Papiers contrahirt, erſt unterſuchen, ob dieſer Inhaber ſelbſt Gläubiger oder Mandatar und zwar Mandatar zum Verkauf, nicht bloß zum Incaſſo ſei: dieß behauptet aber Thöl nirgends.

9) Vgl. Bayer a. a. O. § 121. 122.

10) Denn in Anſehung dieſes iſt doch kein Zweifel, daß er wirklich Gläubiger, nicht etwa bloß Mandatar geweſen ſei; in Anſehung aller ſpäterer Inhaber treten nemlich von Thöl's Standpunkt aus wieder die Zweifel ein, ob ſie Ceſſionare oder bloß Mandatare geweſen ſeien.

des Papieres entgegenſetzen können, da ja der Präſentant entweder Erbe oder Ceſſionar oder Mandatar iſt, gegen beide aber unzweifelhaft alle Exceptionen aus der Perſon des Gläubigers vorgeſchützt werden können. Wenn daher Thöl § 54f Note 9 ſagt, „die Einrede der Compenſation ſei unſtatthaft, weil der Kläger Gläubiger oder Mandatar ſein könne", ſo iſt dieß höchſtens in ſo ferne richtig, als der Schuldner mit einer Gegenforderung, die ihm gegen den Kläger zuſteht, compenſiren wollte; es trifft dieß aber nicht die Einrede der Compenſation mit einer dem Schuldner gegen den erſten Gläubiger zuſtehenden Gegenforderung.[11]) Wenn ferner Thöl Note 8 meint, die Berufung auf das anaſtaſiſche Geſetz finde deßhalb nicht ſtatt, weil ſie vorausſetze, daß der Gläubiger Ceſſionar ſei, er könne aber auch urſprünglicher Gläubiger ſein, ſo iſt auch dieſe Motivirung unzutreffend, denn der Schuldner braucht nur den auch von Thöl (§ 54e Note 3) zugelaſſenen Beweis zu führen, daß der Inhaber das Papier gekauft habe, und die Einrede müßte zuläſſig ſein. Von Thöl's Standpunkte aus kämen wir ſomit conſequent zu dem Satze, daß ſich der Inhaber des Papiers Einreden aus der Perſon des erſten Gläubigers gefallen laſſen müſſe: daß aber dieſer Satz bei den Inhaberpapieren nicht gelte, darüber herrſcht kein Zweifel.

---

11) Wollte man etwa noch einwenden, daß der Schuldner dem Ceſſionar gegenüber nur mit ſolchen ihm gegen den urſprünglichen Gläubiger zuſtehenden Gegenforderungen compenſiren könne, die zur Zeit der Denuntiation bereits vorhanden waren (vgl. Bangerow III § 575 Anm. 1 Nr. 1 Puchta im R. L. III S. 661. 662), hier aber mit dem Hinwegfall der Denuntiation auch die Möglichkeit hinwegfallen müſſe, ſolche Gegenforderungen im Compenſationswege geltend zu machen, ſo bliebe doch immer noch ſo viel gewiß, daß der Schuldner mit jenen Gegenforderungen zu compenſiren befugt ſein müßte, welche ihm gegen den urſprünglichen Gläubiger ſchon im Moment der Entſtehung jener Obligation, für welche das Inhaberpapier nur als Beweisdokument dienen ſoll, zuſtanden.

§ 5.

Unter jenen Schriftſtellern, welche in dem Inhaberpapier ein Beweisdokument über eine unabhängig von demſelben beſtehende Forderung ſehen, verdienen zwei deßhalb eine beſondere Berückſichtigung, weil ſie das Princip der Ceſſion aufgegeben, und die Übertragung der Obligationen au porteur unter einen anderen Geſichtspunkt gebracht haben. Dieſe beiden Schriftſteller ſind Renaud und Walter..

Der Abhandlung Renaud's (Beitrag zur Theorie der Obligationen auf Inhaber, in der Zeitſchr. f. deutſches Recht Bd. XIV Heft 3 [1853] S. 315—366) wird wohl jeder das Zeugniß geben, daß ſie manches Gelungene enthalte, und daß ſie insbeſondere in ihrem kritiſchen Theil, in der Widerlegung entgegengeſetzter Anſichten, viel Treffendes biete. Auch hat ſich Renaud in vielen Stücken unzweifelhaft der richtigen Auffaſſung genähert. Allein es iſt ihm nicht gelungen, eine ſolide civiliſtiſche Conſtruktion zu gewinnen: er iſt nicht nur auf dem richtigen Wege nicht weit genug fortgeſchritten, ſondern er iſt ſogar von demſelben wieder abgekommen.

Renaud geht von der ganz richtigen Anſicht aus (S. 320) daß „man weiter gehen müſſe, als die Meinung, welche den Inhaber durch den bloßen Beſitz der Urkunde als Ceſſionar für hinreichend legitimirt hält; man wird von der Unterſtellung einer Ceſſion abſtrahirend, denjenigen, der das Papier vom urſprünglichen Gläubiger, oder deſſen Rechtsnachfolger erworben hat, als ſelbſtſtändigen Gläubiger betrachten müſſen, was aber deſſen Legitimation gegenüber dem Schuldner durch die bloße Innehabung des Papiers nicht ausſchließt.“ Auch hat Renaud ganz richtig erkannt, daß es ſich bei den Inhaberpapieren nicht um ein obligatoriſches Verhältniß mit einer incerta per-

sona handle (S. 328 fg.), ſondern daß „der Ausſteller der Urkunde ſich demjenigen, welchem er ſie zuerſt übergeben, ſowie jedem, der ſie ſpäter mit deſſen und deſſen Rechtsnachfolgers Willen beſitzen würde, verpflichten wollte (S. 330), daß alſo nur derjenige wirklicher Gläubiger ſei, dem die Forderung unmittelbar oder mittelbar vom urſprünglich Berechtigten mittelſt Übergabe des Papiers übertragen worden ſei“ (S. 331). Auch hat Renaud nicht verkannt, daß zwiſchen dem Wechſel und den Inhaberpapieren ein gewiſſer Zuſammenhang ſtattfinde. Er ſagt hierüber (S. 322): „Erwägt man, daß die Veräußerlichkeit der Wechſelforderung ihren Grund in dem vermutheten Willen des Ausſtellers habe, ſich nicht allein dem erſten Nehmer des Papieres, ſondern auch deſſen Rechtsnachfolgern zu verpflichten, eine Abſicht, die in früherer Zeit im Wechſelbrief durch die darin aufgenommene Klauſel ‚oder deſſen Ordre‘ ausgedrückt ſein mußte, ſo liegt in Wirklichkeit kein Grund vor, die Veräußerlichkeit anderer als Wechſelobligationen für den Fall in Abrede zu ſtellen, daß in der betreffenden Schuldurkunde der Schuldner ausdrücklich jedem rechtmäßigen Inhaber des Papieres verbunden ſein zu wollen erklärt hat.“

Allein Renaud hat dieſe Ähnlichkeit der Wechſel mit den Inhaberpapieren nicht weit genug verfolgt. Während er doch ſelbſt annimmt, daß der Wechſel zu den formellen Obligationen gehöre, bei denen von jeder materiellen causa abſtrahirt werde, daß „das Wechſelverſprechen ein Geldzahlungsverſprechen ſei, deſſen Form das Erforderniß einer materiellen causa debendi erſetze“ (Renaud Lehrbuch des gemeinen deutſchen Wechſelrechts 1854 § 9 vgl. § 2), iſt er bei den Inhaberpapieren dabei ſtehen geblieben, ſie für bloße Beweisdokumente einer unabhängig von ihnen beſtehenden materiellen Obligation zu halten, und verlangt ſogar, daß in das Papier ſelbſt die materielle causa de-

bendi aufgenommen werde (S. 334. 335). Er meint (S. 335. 336), „die Bezeichnung des Rechtsgrunds der Verpflichtung sei auch bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber nach gemeinem Recht für nothwendig zu erachten, wie sie denn einzelne Partikularrechte ausdrücklich verlangen.[1]) Ist daher eine Urkunde ohne jene Angabe ausgestellt worden, so ist sie als cautio indiscreta nicht allein zur Klagebegründung unzureichend, sondern es wird die Obligation lediglich dem ursprünglichen Gläubiger, falls er dieselbe anderweitig zu beweisen vermag, und dessen Cessionaren zu statten kommen, indem das Papier als untauglich erscheint, ihr die Eigenthümlichkeiten einer Forderung auf den Inhaber zu verleihen.“ Auf diese Weise setzt sich Renaud mit dem unzweifelhaft geltenden Rechte in den entschiedensten Widerspruch. Denn während darüber kein Zweifel herrschen kann, daß die s. g. Bons, Handels- und Platzbillete ohne weiters eine völlig wirksame (formelle) Obligation begründen,[2]) will Renaud dieselben, wenn und weil sie nicht die Angabe der materiellen causa debendi in der Urkunde enthalten, für unwirksam erklären (S. 334). Statt also die Parallele zwischen Wechseln und Inhaberpapieren bis zu dem Punkte fortzusetzen, wo es klar wird, daß beide Obligationen formeller Natur seien, und daß bei beiden von einer materiellen causa debendi ganz zu abstrahiren sei, begnügt sich Renaud damit, sich auf den Wechsel bloß zu dem Behufe zu berufen, um für seine Ansicht eine Unterstützung zu finden, daß es im heutigen Recht eine eigenthümliche Übertragung der Forderungen gebe, welche weder Cession noch Delegation, sondern ein Drittes sei.

Und welches ist nun dieses Dritte? Es ist nach Renaud die

1) Renaud beruft sich hiefür in Note 48 auf das bad. Landr. Anhang Art. 192.

2) Thöl Handelsrecht II § 274.

Singularſucceſſion in Obligationen. „Die Eigenthümlichkeit der Obligationen au porteur, welche durch die Faſſung der Urkunde vermittelt wird, iſt die, daß die Forderung keine an die Perſon des urſprünglichen Gläubigers unzertrennlich geknüpfte, ſondern eine veräußerliche ſein ſoll, und daß ferner die Singularſucceſſion in das Forderungsrecht durch die bloße Übergabe, und nur durch die Übergabe des Papieres ſoll bewerkſtelligt werden können“ (S. 330. 331). „Der rechtmäßige Inhaber des Papiers iſt als Gläubiger reſp. als Singularſucceſſor des urſprünglichen Creditors und nicht als Ceſſionar zu betrachten“ (S. 320). „Man hat ſich, befangen in den Feſſeln römiſcher Rechtsanſchauung, geſcheut, das Princip auszuſprechen, welches als das allein richtige erſcheint, daß die Übertragung der Obligation mittelſt Übergabe des auf den Inhaber lautenden Papiers eine Singularſucceſſion in das Forderungsrecht bewirkt, wonach man denn hier nicht von einem Cedenten und einem Ceſſionar, ſondern von einem Veräußerer und einem Erwerber der Forderung, welcher letztere wahrer Creditor und nicht bloß creditoris loco iſt, zu ſprechen hat. Hieraus ergibt ſich aber, daß alle aus dem Weſen der Ceſſion folgenden oder derſelben ſonſt eigenthümlichen Beſtimmungen auf unſer Verhältniß keine Anwendung finden. Namentlich fällt zunächſt die Benachrichtigung des Schuldners von der ſtattgehabten Übertragung hinweg, da dieſer nur an den Inhaber, alſo an den, welcher das Papier zur Zahlung präſentirt, zahlen kann. Dann iſt aber der neue Inhaber nicht verpflichtet, ſich Einreden aus der Perſon ſeiner Vorgänger gefallen zu laſſen“ (S. 344).

Hier iſt vor Allem auf den Widerſpruch aufmerkſam zu machen, in dem ſich Renaud mit ſich ſelbſt befindet. Er ſelbſt ſagt (S. 321. 322): „Wenn man auch die Behauptung neuerer Juriſten nicht zugeben kann, daß nach heutigem gemeinem

deutſchem Recht eine Singularſucceſſion in Obligationen principiell und ſchlechthin begründet ſei, ſo iſt doch ſo viel nicht zu beſtreiten, daß die Auffaſſung des römiſchen Rechts, nach welcher die Obligation in unzertrennlicher Weiſe an die Perſon des urſprünglichen Gläubigers geknüpft iſt, keineswegs unbedingt und ausnahmslos in Deutſchland Aufnahme gefunden hat. Daß dieß nicht der Fall geweſen, beweiſen die Wechſelforderungen, welche nicht allein cedirt, ſondern auch mittelſt Indoſſaments veräußert werden können." — Iſt nun eine Singularſucceſſion in Obligationen nach heutigem Recht principiell und ſchlechthin nicht begründet, ſo können die Parteien durch ihr Belieben, durch ihre bloße Übereinkunft, dadurch, daß ſie die Form „an den Inhaber" wählen, eine ſolche Singularſucceſſion nicht begründen. Liegt der von Renaud behauptete Grundſatz des römiſchen Rechts, daß Obligationen in unzertrennlicher Weiſe an die Perſon des urſprünglichen Gläubigers geknüpft ſeien, wirklich im Weſen der Obligation, dann kann von einer „bedingten und mit Ausnahmen verſehenen Aufnahme" dieſes Grundſatzes in Deutſchland keine Rede ſein, denn über das Weſen der Obligation hat die Praxis keine Macht. Entweder die Singularſucceſſion in Obligationen iſt principiell zuläſſig und ſchlechthin begründet oder ſie iſt es nicht. Iſt ſie principiell unmöglich, wie dieß Renaud im Einklang mit der herrſchenden Lehre[3]) behauptet,[4]) dann kann man auch die Übertragung der Wechſel-

3) Vgl. z. B. Bangerow Pandekt. III (6. Aufl. 1856) S. 114—116. Kuntze Die Obligation und die Singularſucceſſion des römiſchen und heutigen Rechtes (1856) § 20.

4) Die Frage, ob es eine Singularſucceſſion in Obligationen gebe, iſt bekanntlich in hohem Grade beſtritten; auf dieſe intereſſante Frage näher einzugehen, iſt hier nicht der Ort. Doch will ich nicht verſchweigen, daß ich mich jener Anſicht anſchließe, wonach eine Singularſucceſſion in Obligationen nicht nur nicht dem Weſen der Obligation widerſprechend, ſondern bereits im

forderungen und der Obligationen au porteur nicht mit Hülfe jener principiell unmöglichen Singularſucceſſion erklären.

Aber ſelbſt zugegeben, daß bei Wechſeln und Inhaberpapieren eine Singularſucceſſion in die Obligation, eine freie Veräußerung des Forderungsrechts „ausnahmsweiſe“ möglich ſei, ſo würde dieß am allerwenigſten zu den Conſequenzen führen, um deren Willen Renaud ſie angenommen hat. Das Charakteriſtiſche der Singularſucceſſion beſteht darin, daß Jemand in ein beſtehendes Rechtsverhältniß eintritt: das Rechtsverhältniß bleibt fortbeſtehen, es findet nur ein Wechſel der in dieſem Verhältniſſe ſtehenden Perſonen ſtatt.[5]) Der Singularſucceſſor iſt immer auctoris loco,[6]) der Singularſucceſſor in die Obligation iſt daher zwar allerdings Gläubiger, aber er iſt neuer Gläubi-

---

römiſchen Recht, wenn auch nicht dem Wort, ſo doch der Sache nach, angenommen iſt. Vgl. nunmehr insbeſ. Windſcheid Die Actio des römiſchen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. 1856 § 14 fg. und die von Windſcheid § 16 Note 1 angeführten Schriftſteller.

5) Vgl. Savigny Syſtem III § 105. Puchta Inſtit. II § 198 Pandekt. § 47 und Vorleſ. 4. Aufl. S. 104. Dieſe Auffaſſung der Singularſucceſſion iſt in neueſter Zeit bekanntlich von Kuntze in der Note 3 angef. Schrift § 15—19 beſtritten worden, jedoch mit Gründen, welche nichts weniger als haltbar ſind; vgl. gegen Kuntze Bekker in der Heidelb. krit. Zeitſchr. III S. 452 fg. Windſcheid in der Note 4 angef. Schrift S. 157 fg. und auch Dworzak in der kritiſch. Überſchau IV S. 54—56. Zu dem, was dieſe Schriftſteller bereits bemerkt haben, will ich nur noch hinzufügen, daß Kuntze S. 72 über den Ausdruck in locum succedere allzuleicht hinweggeht, da doch dieſer Ausdruck, der ſowohl im Fall der Singular- als der Univerſalſucceſſion gebraucht wird, darauf ganz beſtimmt hindeutet, daß nur ein Perſonenwechſel ſtattgefunden habe, während das Rechtsverhältniß im übrigen unverändert geblieben ſei, und daß Kuntze's Anſicht von der Singular- und Univerſalſucceſſion (§ 19 ſeiner Schrift) aus einer unrichtigen Auffaſſung der Quellenausdrücke in rem succedere, in jus succedere hervorgegangen ſei.

6) z. B. domini loco; cf. l. 1 § 13 D. quod legat. (43, 3) und überhaupt über den Ausdruck in locum succedere die bei Kuntze § 19 Note 8 angef. Stellen.

ger an der Stelle des alten aus der Obligatio ausgeſchiedenen Gläubigers, er iſt creditor, aber dennoch creditoris loco. Wenn nun Jemand in ein beſtehendes Rechtsverhältniß an die Stelle eines Anderen eintritt, ſo wird dadurch das Rechtsverhältniß in allen ſeinen übrigen Beziehungen und Modalitäten nicht geändert; war das Rechtsverhältniß ein mit Exceptionen (im techniſchen Sinn) behaftetes, ſomit ein durch dieſelben qualificirtes und modificirtes,[7]) ſo bleibt es ein ſolches trotz des Wechſels der Perſonen.[8]) Die Annahme einer Singularſucceſſion bei Obligationen muß daher gerade dahin führen, daß jeder ſpätere Erwerber der Forderung ſich die Exceptionen gefallen laſſen muß, welche gegen die Forderung ſelbſt ge-

---

7) Die exceptio rei cohaerens iſt eben die dem Rechtsverhältniß ſelbſt inhärirende, ihm anklebende, dasſelbe modificirende Exceptio, im Gegenſatz zur exceptio personae cohaerens, d. h. der Exceptio, welche nur der beſtimmten, in dem Rechtsverhältniſſe ſtehenden Perſon inhärirt, l. 7 D. de except. (44, 1). Auch bei dinglichen Rechtsverhältniſſen gibt es eine exceptio rei, d. h. eine dem dinglichen Rechtsverhältniß cohaerens exceptio l. 7 § 1 cit. (vgl. Note 8). Wenn Kuntze S. 322 die exceptio rei cohaerens im Gegenſatz zu der exceptio personae cohaerens als diejenige bezeichnet, „welche eine breitere und normale Grundlage habe", ſo iſt hiemit für den Begriff dieſer exceptio wohl wenig gewonnen.

8) Kuntze S. 321 fg. hat zwar (insbeſonders gegen Delbrück Die Übernahme fremder Schulden 1853 S. 108) behauptet, daß bei Annahme einer Singularſucceſſion der Übergang der Einreden ſich nicht erklären laſſe; allein gegen ihn ſ. die Ausführung Windſcheid's S. 182. Gegen Kuntze ſpricht auch ſehr entſchieden der Umſtand, daß die exceptio rei judicatae auch gegen den Singularſucceſſor geht, was ſich eben nur daraus erklärt, daß durch Urtheil das (dingliche oder perſönliche) Rechtsverhältniß bereits feſtgeſtellt iſt, in welches nunmehr der Singularſucceſſor tritt; (l. 9 § 2 l. 11 § 3 § 8. § 9 D. de exc. r. j. [44, 2] l. 28 eod. Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est; l. 29 § 1 eod. [in locum victi successisse]; vgl. auch Savigny VI S. 469. 470) weßhalb denn auch, wenn die Succeſſion vor dem Urtheil ſtattgefunden hat, dasſelbe auf den Succeſſor keinen Einfluß übt (l. 29 § 1 l. 11 § 10 D. de exc. r. jud.), da das Rechtsverhältniß zur Zeit des Perſonenwechſels noch nicht durch die rei cohaerens exceptio rei judicatae modificirt war.

richtet ſind und aus dieſem Grunde ſeinem Vormanne hätten entgegengeſetzt werden können,[9]) weil eben das obligatoriſche Verhältniß unverändert bleibt, und nur die Träger desſelben wechſeln. Man kann darüber zweifeln, ob die Ceſſion eine Singularſucceſſion ſei: aber ſoviel iſt gewiß, daß wenn es eine Singularſucceſſion in Obligationen gibt, die Singularſucceſſion eben die Ceſſion iſt. Wenn daher Renaud einen Unterſchied zwiſchen Ceſſion und Singularſucceſſion machen will, und wenn er dieſen Unterſchied dahin feſtſtellen will, daß wohl der Ceſſionar, nicht aber der Singularſucceſſor creditoris loco ſei, und daß wohl erſterer nicht aber letzterer ſich die Einreden aus der Perſon ſeiner Vorgänger gefallen laſſen müſſe (S. 344), ſo gibt er hiemit zu erkennen, daß er ſich über das Weſen der Singularſucceſſion nicht vollſtändig klar geworden ſei.

Dieſer Mangel einer richtigen Auffaſſung deſſen, was die Singularſucceſſion eigentlich iſt, und worin ſie beſteht, macht ſich bei Renaud noch in einer anderen Beziehung geltend. Von einer Singularſucceſſion kann nur dort die Rede ſein, wo zwiſchen dem Vorgänger und dem Rechtsnachfolger eine juriſtiſche Beziehung ſtattfindet, wo der Nachfolger kraft eines juriſtiſchen Verhältniſſes mit dem Vormann an deſſen Stelle tritt.[10]) Aus dieſem Grunde findet daher beim Eigenthumsrecht eine Singularſucceſſion ſtatt, wenn der bisherige Eigenthümer A dem B die Sache cum animo dominium transferendi tradirt hat: wenn aber letzterer etwa die Sache erſeſſen hätte, ſo iſt er zwar des A zeitlicher, nicht aber deſſen juriſtiſcher Nachfolger, er iſt deſſen Nachmann, nicht aber deſſen Succeſſor im juriſtiſchen Sinn.

---

9) Vgl. Windſcheid S. 182 fg.
10) Vgl. Savigny III S. 10. Puchta Inſtit. II (3. Aufl.) S. 321.

Bei Renaud nun findet ſich plötzlich im § 4 ſeiner Abhandlung nicht nur das Gebiet des Obligationenrechts, ſondern ſelbſt das Princip der Singularſucceſſion überhaupt gänzlich verlaſſen. Renaud meint nemlich, daß „der Eigenthümer des Schuldſcheines allein wahrer Gläubiger ſei;“ der Grund der Verpflichtung des Ausſtellers gegenüber ſpäteren Inhabern des Papiers ſoll darin liegen, „daß die Rechtsnachfolge in das Recht am Papier die Succeſſion in das Forderungsrecht mit ſich führen ſoll“ (S. 339). Wie kommt es aber, daß das Papier, welches nur Beweisdokument für eine unabhängig davon beſtehende Forderung ſein ſoll (S. 323. 325. 335), nun plötzlich zum Träger des Forderungsrechts wird; wie ſoll es ſich erklären, daß derjenige, der das Papier d. h. das Beweisdokument erwirbt, damit das Forderungsrecht erwirbt; wie ſoll das Eigenthum am Papier die Gläubigerſchaft gewähren? Wenn der Eigenthümer des Papieres Gläubiger iſt, dann gehört die Frage, wie der Übergang der Forderung von einem Gläubiger auf einen anderen zu denken ſei, gar nicht mehr in das Gebiet des Obligationenrechts, ſondern in das Gebiet des Sachenrechts, dann muß man conſequent ſagen, die Übertragung der Forderung iſt nicht Ceſſion, ſie iſt nicht Delegation, ſondern ſie iſt Tradition des Papieres. Hiemit hat man aber auch das Princip der Singularſucceſſion aufgegeben; denn wenn ein Dritter das Eigenthum am Papier erſitzt, ſo iſt er hiemit als Eigenthümer des Papieres wahrer Gläubiger geworden: die Erſitzung iſt aber keine Singularſucceſſion. Damit, daß Renaud (S. 339) für die Entſcheidung der Frage über die Gläubigerſchaft das Eigenthumsrecht am Papier maßgebend macht, müſſen nothwendig alle Sätze hinwegfallen, welche er früher ſelbſt aufgeſtellt hat. Es iſt dann nicht mehr wahr, daß derjenige Gläubiger iſt, „dem die Forderung unmittelbar oder

mittelbar vom urſprünglichen Berechtigten mittelſt Übergabe des Papiers übertragen worden iſt“ (S. 331), daß der Ausſteller des Papiers „jedem verbunden ſein wollte, der die Urkunde unmittelbar oder mittelbar vom erſten Gläubiger eigenthümlich erwerben würde“ (S. 339), denn Eigenthümer kann man auch anders als auf derivative, nemlich auf originäre Weiſe z. B. durch Erſitzung werden, und „der Eigenthümer des Schuldſcheins ſoll ja der wahre Gläubiger ſein“;[11]) dann muß man vielmehr conſequent ſagen, der Ausſteller des Papiers habe ſich dem jeweiligen Eigenthümer des Papieres verpflichten wollen.

Auf dieſe Art fällt denn Renaud von dem von ihm ſelbſt aufgeſtellten Princip wieder ab: in der erſten Hälfte ſeiner Abhandlung gilt ein anderes Princip als in der zweiten.[12]) In letzterer erklärt ſich der Übergang der Forderung nicht mehr durch die Singularſucceſſion in die Obligation, ſondern vielmehr durch den Übergang des Eigenthumsrechts am Papier. Gläubiger iſt nicht derjenige, der die Forderung mittelbar oder unmittelbar vom erſten Nehmer des Papieres erwirbt, ſondern derjenige, der an dem Papier das Eigenthumsrecht erwirbt. Von dieſem letzteren Standpunkte aus meint denn

---

11) Der Zuſammenhang zwiſchen dieſen zwei disparaten Principien wird auch dadurch nicht hergeſtellt, daß Renaud S. 342 ſagt: „die Singularſucceſſion geſchehe mit dem Übergang des Eigenthums an der Urkunde, welcher ſelbſt aber durch die Tradition dieſer letzteren vermittelt werde.“ Denn einerſeits, wenn das Papier bloß Beweisdokument iſt, warum bedarf es zur Veräußerung der Forderung Übertragung des Beweismittels? und andererſeits, wenn die Erwerbung der Forderung mit dem Übergang des Eigenthums an der Urkunde geſchieht, warum ſoll dieſer nur durch Tradition der Urkunde vermittelt werden?

12) S. 361 ſagt Renaud ganz bündig: „um Gläubiger zu werden muß man das Eigenthum am Papier erwerben, welcher Eigenthumserwerb ſelbſt nur durch den Erwerb des Beſitzes der Urkunde möglich iſt.“

Renaud, daß bei dieſen Papieren „mit der Detention die Vermuthung des Eigenthums verbunden ſei“ (S. 340) und widerlegt nun den ſelbſt gemachten Einwurf, „daß der Beſitz ſonſt doch nur eine rechtliche Vermuthung für den Beklagten bewirke,[13]) nicht aber für den Kläger“, damit, daß „dieſe Vermuthung des Eigenthums, welche ſich an die Innehabung des au porteur lautenden Schuldſcheines knüpfe, ſich auf die Intention der urſprünglichen Parteien gründe“ (S. 340), und ſchließt die Zuläſſigkeit des Gegenbeweiſes gegen dieſe Präſumtion damit aus, daß „ein ſolcher Beweis zwar allerdings zuzulaſſen wäre, wenn es ſich um eine unmittelbar auf dem Geſetz beruhende Vermuthung handelte“ (gibt es aber nicht auch geſetzliche Präſumtionen juris et de jure?), „währenddem derſelbe hier durch die Abſicht der Contrahenten, eine leicht veräußerliche und realiſirbare Forderung zu begründen, ausgeſchloſſen wird“ (S. 341). Auf dieſe Weiſe fällt denn Renaud ſelbſt wieder in den von ihm an Anderen mit Recht gerügten Fehler, ſtatt zu konſtruiren zu verſichern, ſtatt zu erklären, wie man ſich das die Intention der Parteien realiſirende Verhältniß juriſtiſch zu denken habe, bloß zu behaupten, daß ſich die Sache eben ſo und nicht anders verhalte, weil es die Parteien angeblich ebenſo wollen.

§ 6.

Auch Walter (Syſtem des gemeinen deutſchen Privatrechts 1855 §§ 257. 258) ſieht in den Inhaberpapieren „nicht den Entſtehungsgrund und alleinigen Träger der Obligation, ſondern nur deren Beweis“ (§ 258 III), und zwar geht Walter

13) Auch dieß iſt unrichtig; der Beſitz begründet auch für den Beklagten keine Präſumtion, es gilt nur die einfache Regel actore non probante reus absolvitur; vgl. Savigny Recht des Beſitzes 6. Ausg. S. 15.

von der älteren irrigen Anſicht aus, daß „die Grundlage dieſer Obligation ein Darlehn bilde, welches der Ausſteller mit demjenigen, der ihm gegen die Verſchreibung Geld hergibt, eingehe, und wovon jener durch das Dokument die Rückzahlung verſpreche; daher könne man dabei wie gewöhnlich wie von einem Schuldner und Gläubiger reden“ (§ 258 I). Als ob man nicht auch ein Inhaberpapier ſchenkungsweiſe (donandi causa) ausſtellen könnte, und als ob man nicht bei jeder Obligation von einem Schuldner und Gläubiger reden könnte (l. 10 D. de V. S. l. 42 D. de O. et A.)! „Das Eigenthümliche dieſer Obligationen beſteht“ nach Walter (§ 258 I) „nur darin, daß der Schuldner ſich verbindlich gemacht hat, jedem Vorzeiger zahlen zu wollen, daß alſo die Perſon des Gläubigers nicht individuell beſtimmt bleibt, ſondern jeden Augenblick wechſeln könne;“ das Charakteriſtiſche beſteht darin (§ 258 Note 1), daß „das Schuldverhältniß ein dauerndes iſt, und daß das Recht des Gläubigers jeden Augenblick auf einen Dritten übertragen werden kann. Daher ſind dieſe Verſchreibungen zu den Wirkungen (?) der Verträge für Dritte zu ſtellen.“ Alſo ein Vertrag, aus dem eine Perſon ein Recht erwirbt, welches ſie, wenn ſie will, durch einen neuen Vertrag auf einen Andern übertragen kann, ſoll dadurch zu einem Vertrage mit Wirkungen für Dritte werden! Wie verkehrt dieſe Auffaſſung ſei, bedarf keiner beſonderen Ausführung: die Grundſätze, welche Walter bei den Obligationen au porteur aufſtellt, ſtehen denn auch, wie nicht anders möglich, mit den von ihm für die „Wirkungen der Verträge auf Dritte“ aufgeſtellten allgemeinen Grundſätzen (§ 256) im entſchiedenſten Widerſpruch. Die Übertragung der Forderung auf Andere erklärt Walter (§ 258 II) auf folgende Weiſe. „Durch die Übertragung des Dokumentes hört nach dem Zwecke des Inſtitutes der Übertragende völlig auf Gläubiger zu

ſein, und der Erwerber wird es. Es liegt alſo darin eine vollſtändige Veräußerung des Rechts. Dadurch unterſcheidet ſich die Übertragung von einer Ceſſion, deren Grundſätze deßhalb hier nirgends zur Anwendung gebracht werden können. Mehr ſtimmt die Wirkung mit der Novation durch Delegation eines andern Gläubigers überein. Allein der Unterſchied beſteht darin, daß bei dieſer die urſprüngliche Schuld aufgehoben wird, was dort nicht der Fall iſt. Es liegt alſo darin etwas unſerem Rechte Eigenthümliches, jedoch nichts, was den allgemeinen Regeln über die Natur der Verträge widerſpräche; denn wenn hier ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten eintritt, ſo gründet ſich dieß einestheils auf den Willen des Schuldners, der ſich dem durch die Klauſel ‚an den Inhaber‘ im voraus unterworfen hat, anderntheils auf den Willen des alten Gläubigers, der dem neuen das Dokument überträgt. Es ſind alſo die Bedingungen wie bei einer Novation vorhanden.“ Alſo die Bedingungen ſind vorhanden, wie bei einer Novation und dennoch keine Novation? Es iſt etwas dem deutſchen Rechte Eigenthümliches vorhanden, das aber doch wieder nichts Eigenthümliches iſt, weil es den allgemeinen Regeln über die Natur der Verträge nicht widerſpricht? An die Stelle des alten Gläubigers tritt ein neuer, es bleibt die Obligation die urſprüngliche, und dennoch iſt keine Ceſſion vorhanden? Und wie ſoll alles dieß möglich ſein, wenn überdieß die ganze Obligation eine materielle und zwar nach Walter's Anſicht eine Darlehensobligation iſt? Iſt dann der jeweilige Gläubiger Darlehensgläubiger, und können ihm etwa alle aus der urſprünglichen Darlehensobligation entſpringenden Einreden entgegengeſetzt werden? Über letzteren Punkt ſpricht ſich Walter gar nicht aus, wenn man nicht etwa darauf die Äußerung (§ 258 IV) beziehen ſoll, daß die Verſchreibung „über die Schuld an ſich eine

unumſtößliche Gewißheit verſchafft.“ Aber wie kommt es, daß dieſes Beweisdokument eine unumſtößliche d. h. eine jeden Gegenbeweis ausſchließende Gewißheit verſchafft? „Ein unumſtößliches Eigenthum dagegen gibt die bloße Thatſache des Beſitzes“ nach Walter nicht. „Der Beſitz aber erzeugt, wenn auch nicht unbedingt das Eigenthum, doch die Vermuthung des rechtmäßigen Eigenthums und dieſe gibt regelmäßig die Rechte des wirklichen Eigenthums.“ Mit dem letzteren, eben nicht ſehr glücklich formulirten, Satz hat Walter eine Anſicht Savigny's aufgenommen, ohne ſich irgendwie näher darüber zu erklären, in welchem Zuſammenhang die Frage nach dem Eigenthum am Schuldbokument mit der Frage über die Gläubigerſchaft ſtehe.

§ 7.

IV. Die Thatſache, daß die Auffaſſung der Papiere au porteur als bloßer Beweisurkunden für Forderungen, welche außer ihnen ein ſelbſtſtändiges Daſein haben, durchaus nicht genüge, um die eigenthümlichen Erſcheinungen zu erklären, denen wir bei dieſen Obligationen begegnen, iſt manchen neueren Schriftſtellern nicht verborgen geblieben. Sie haben daher verſucht, das juriſtiſche Weſen der Inhaberpapiere in anderer Weiſe zu beſtimmen. Dieſe Verſuche laſſen ſich in zwei Klaſſen ſcheiden. Die Einen haben jenes Princip, wonach die Obligationen au-porteur als Beweisurkunden zu betrachten ſind, nicht gänzlich beſeitigt, ſondern haben es mit einem andern Princip verbunden, und verſuchen es nunmehr mit dieſem combinirten Princip die vorliegenden Verhältniſſe zu conſtruiren. Andere Schriftſteller dagegen haben jenes Princip gänzlich beſeitigt, und an die Stelle desſelben ein anderes einfaches geſetzt. Zu den Schriftſtellern der erſten Klaſſe gehören Savigny, Blunt-

ſchli und Beſeler, zu denen der zweiten Klaſſe Gerber und Ihering.

§ 8.

A. Nach der Anſicht Savigny's (Das Obligationenrecht Bd. II 1853 §§ 62—70) ſind die Inhaberpapiere[1]) „wahre Schuldſcheine und zwar über Gelddarlehen, von anderen gewöhnlichen Schuldſcheinen in ihrer Form nur dadurch unterſchieden, daß ſie auf jeden Inhaber, nicht auf eine beſtimmte Perſon ausgeſtellt ſind“ (S. 117); „die Papiere auf den Inhaber haben gar keinen Werth für ſich, ſondern ſind bloße Schuldſcheine, Beweisurkunden über Obligationen“ (S. 179). In ihrem Weſen unterſcheiden ſich die Inhaberpapiere von den gewöhnlichen Schuldſcheinen dadurch, daß „bei ihnen alle Schwierigkeiten der römiſchen Ceſſion gleichmäßig hinwegfallen“ (S. 119). Dieſe Schwierigkeiten beſtehen darin, daß „bei der Ceſſion die Forderung ſtets in Beziehung auf den urſprünglichen Gläubiger bleibt, aus deſſen Perſon alſo der Schuldner Einreden herleiten kann, ebenſo wie aus den in der Mitte liegenden Ceſſionen;“ ferner darin, daß „der letzte Ceſſionar, der die Forderung geltend machen will, alle in der Mitte liegenden vielleicht ſehr zahlreichen Ceſſionen beweiſen muß“ (S. 98). Bei den Inhaberpapieren nun fallen dieſe Schwierigkeiten hinweg; bei ihnen „gilt jede Übertragung wie beim Eigenthum als vollſtändige Veräußerung, und ein Zurückgehen auf die Rechte oder Verpflichtungen des urſprünglichen Gläubigers oder

1) Als Inhaberpapiere führt Savigny § 63. 64 Wechſel, Policen für Seeverſicherung, Staatsobligationen, Pfandbriefe und Schuldbriefe induſtrieller Corporationen auf; es iſt das Weſen der drei letzten Claſſen von Inhaberpapieren, welches Savigny S. 115 fg. in der im Text angegebenen Weiſe feſtſtellt; was aber über die Gläubigerſchaft, die Übertragung, Vindication und Amortiſation geſagt wird, gilt für alle Claſſen.

eines in der Mitte ſtehenden Ceſſionars iſt völlig ausgeſchloſſen" (S. 119). Wie wird nun dieſer wichtige principielle Unterſchied der Inhaberpapiere von gemeinen Schuldbriefen bewirkt? „Die Urkunde iſt ein Körper, eine Sache, alſo möglicher Gegenſtand des Eigenthums und Beſitzes. Damit iſt ein Weg angedeutet, wie das Verhältniß des Gläubigers zu dieſer Sache (der Schuldurkunde) zugleich zur leichteren Übertragung der Forderung, alſo des Rechtes gegen den Schuldner, benützt werden könnte" (S. 99). Das Weſen der Papiere auf Inhaber beſteht nun darin, „daß das Recht des Gläubigers nicht wie bei anderen Obligationen an eine beſtimmte Perſon, ſondern an ein gewiſſes Verhältniß irgend einer Perſon zum Papiere, der Urkunde, geknüpft iſt" (S. 130). Das Forderungsrecht iſt an das Verhältniß der Perſon zum Papier angeknüpft; wer in dieſem Verhältniß zum Papiere ſteht, iſt Gläubiger. Die Obligation iſt daher im Papiere gleichſam *verkörpert* (S. 99 und § 66 Note a) und die Obligationen auf den Inhaber gehören unter die obligatoriſchen Verträge mit einem unbeſtimmten Gläubiger (S. 93. 94). Dieſes Verhältniß der Perſon zur Sache, woran das Forderungsrecht angeknüpft iſt, iſt das *Eigenthumsrecht* (§ 66). Inhaber im juriſtiſchen Sinne, Gläubiger, iſt der Eigenthümer des Papiers; mit dem thatſächlichen Beſitz jedoch iſt die Vermuthung des Eigenthums verbunden (S. 135 fg.), daher der Beſitzer (Inhaber, Vorzeiger) des Papiers dem Schuldner gegenüber als Gläubiger legitimirt iſt. Da das Forderungsrecht an das Eigenthum am Papier geknüpft iſt, ſo „geſchieht die Übertragung des Forderungsrechtes durch die Übertragung der Urkunde, alſo ganz nach der Weiſe, wie das Eigenthum übertragen wird. Die Form einer Ceſſion iſt nicht erforderlich, ja nicht einmal möglich, weil aus der Urkunde die Perſon eines bisher Berechtigten, welcher

cediren könnte, nicht erſichtlich iſt. Daher fallen denn auch die Schwierigkeiten der Ceſſion hinweg, insbeſondere die Einwendungen, die bei der Ceſſion aus der Perſon eines früheren Beſitzers hergeleitet werden können“ (S. 137. 138). Eine Amortiſation dieſer Papiere iſt principiell zuläſſig, weil ſie bloße Schuldſcheine, „Beweisurkunden über Obligationen ſind, von deren körperlichem Daſein die Fortdauer der Obligation ſelbſt ganz unabhängig iſt“ (§ 69).

Gegen dieſe Anſicht des großen Meiſters erheben ſich jedoch die mannigfachſten und wichtigſten Bedenken. Vor Allem folgendes. Man mag davon ausgehen, daß die Inhaberpapiere Beweisdokumente über eine unabhängig von ihnen beſtehende Forderung ſeien; oder man mag davon ausgehen, daß die Inhaberpapiere Verkörperungen der Obligation, Träger des Forderungsrechtes ſind: aber von beiden Anſichten zugleich läßt ſich, wie ich glaube, nicht ausgehen, beide Principien laſſen ſich nicht vereinigen, um mit ihrer Hülfe das civiliſtiſche Weſen eines Rechtsinſtitutes zu erklären, da beide Principien im entſchiedenen Gegenſatze zu einander ſtehen. Entweder die Inhaberpapiere ſind bloße Beweisdokumente: dann kann bei der Frage wer der Gläubiger ſei, nichts darauf ankommen, wer das Beweismittel für dieſe unabhängig vom Papier beſtehende Forderung habe, dann kann die Forderung durch eine Übergabe des Beweismittels nicht übertragen werden, weil beides, Recht und Beweismittel des Rechts, zwei ganz verſchiedene von einander unabhängige Dinge ſind: der A kann Gläubiger ſein, obgleich ihm das Beweisdokument fehlt, und der B kann das Beweisdokument haben, ohne Gläubiger zu ſein. Sind die Inhaberpapiere Beweisdokumente, dann gelten die gewöhnlichen Grundſätze von der Ceſſion und der Beſitz des Papieres kann höchſtens für die Legitimation des Inhabers als Ceſſionars von Be-

deutung ſein. Oder die Inhaberpapiere ſind Verkörperungen der Obligation; an das Eigenthum am Papier iſt das Forderungsrecht geknüpft; wer Eigenthümer des Papiers iſt, der hat die Forderung, iſt wirklich Gläubiger. Das Forderungsrecht iſt dann eine Art Realrecht: ſo wie die Prädialſervitut an das herrſchende Grundſtück geknüpft iſt, ſo daß gleichſam das praedium dominans das Subjekt des Rechtes, in der That aber der jeweilige Eigenthümer des Grundſtückes der Servitutberechtigte iſt, ſo iſt von jenem Standpunkte aus gleichſam das Papier der Gläubiger und der jedesmalige Eigenthümer des Papiers der Forderungsberechtigte; ſo wie derjenige, der das Grundſtück erwirbt, mit ihm die Servitut erwirbt, ſo erwirbt derjenige, der das Papier erwirbt, mit demſelben die Forderung. Dann müſſen aber auch alle Grundſätze zur Anwendung kommen, welche von Realrechten überhaupt gelten;[2]) dann exiſtirt das Forderungsrecht nirgends als in und mit dem Papier und hat durchaus nicht ein vom Papier unabhängiges Daſein; dann muß mit dem Untergang des Papieres die Forderung ebenſo erlöſchen, wie mit dem Untergang des herrſchenden Grundſtücks die Servitut untergeht; dann hat das Papier nicht „an ſich keinen Werth," ſondern es trägt vielmehr allen Werth in ſich, weil es das Medium iſt, durch welches das Forderungsrecht mit der Perſon verknüpft wird. Aber zu gleicher Zeit behaupten, daß das Papier Beweisdokument ſei, das heißt, daß die Forderung unabhängig vom Papier beſtehe, und daß es eine Verkörperung der Obligation ſei, das heißt, daß die Forderung an das Papier geknüpft ſei, ſomit nicht unabhängig von demſelben beſtehe; zu gleicher Zeit behaupten, daß der Eigenthümer des Papieres der Forderungsberechtigte ſei, weil er das Eigen-

2) Vgl. mein Handbuch des öſterr. allgem. Privatrechts (Leipzig, Breitkopf) I § 64.

thum am Papier habe, und daß der Untergang des Papiers doch nicht den Verluſt der Forderung nach ſich ziehe, weil Papier und Forderung getrennte Dinge ſeien, das geht, wie mir ſcheint, nicht an.

Auch gibt Savigny nirgends den leitenden Grundſatz an, wonach zu beurtheilen wäre, in welchen Fällen das eine Princip, in welchen das andere zur Anwendung zu kommen habe. Warum kommt bei der Frage über die Übertragung der Forderung das zweite, warum bei der Frage über die Wirkung des Verluſtes oder Unterganges des Papieres das erſte Princip zur Anwendung? Ebenſowenig gibt Savigny darüber einen Aufſchluß, in welchem Verhältniß die unabhängig vom Papier beſtehende Forderung zu der an das Papier geknüpften ſtehe; wie der Vertrag mit einer individuell beſtimmten Perſon in den Vertrag mit der persona incerta des jeweiligen Eigenthümers des Papiers übergehe. Nach Savigny's Anſicht liegt den Staatsobligationen au porteur ein Gelddarleihen zu Grunde; „Jemand, der an der öffentlichen Kaſſe erſcheint, eine Geldſumme einzahlt und dagegen eine neu ausgeſtellte Staatsobligation mit ihren Coupons empfängt," erhält nach Savigny's Anſicht hiemit ein Beweisdokument über den zwiſchen ihm und dem Staate abgeſchloſſenen Darlehensvertrag. Es beſteht alſo zunächſt ein Vertrag zwiſchen zwei individuell beſtimmten Perſonen, und das Papier iſt nur das Beweisdokument über dieſen Vertrag: wie haben wir es uns nun zu denken, daß der Obligation au porteur ein obligatoriſcher Vertrag mit einem unbeſtimmten Gläubiger zu Grunde liegt? Gibt der Darleihensgläubiger ſeine Forderung auf und verwandelt ſich dieſelbe aus der Darleihensforderung eines beſtimmten Individuums in die abſtrakte Forderung eines unbeſtimmten Individuums, nemlich des jeweiligen Eigenthümers des Papiers? Oder beſteht beides

neben einander, Darleihensforderung des Gelddarleihers und abſtrakte Forderung des jeweiligen Eigenthümers des Papiers? Vertrag mit dem Darleiher alſo mit der persona certa, und Vertrag mit der persona incerta des Eigenthümers des Papiers? Wenn derjenige, der bei der öffentlichen Kaſſe erſcheint, und eine Geldſumme einzahlt, dagegen eine Staatsobligation erhält und Eigenthümer dieſes Papieres wird, iſt er nunmehr Gläubiger, weil er das Geld dargeliehen hat, oder iſt er Gläubiger, weil er Eigenthümer des Papieres iſt? Wenn er ſeine Forderung überträgt, überträgt er ſeine Darlehensforderung, für die das Papier Beweisdokument iſt, oder überträgt er mit dem Eigenthum am Papier ſeine an das Papier geknüpfte Forderung?

Es iſt wohl gewiß, daß jener Dualismus der Grundauffaſſung nach keiner Seite hin befriedigen kann: er zieht einen Dualismus der Entſcheidung der einzelnen Fragen nach ſich, wobei es ganz der Willkühr anheimgeſtellt bleibt, ob man ſich für die eine oder die andere der beiden an ſich gleich möglichen Entſcheidungen erklärt.

§ 9.

Von derſelben Auffaſſung wie Savigny geht Bluntſchli (Deutſches Privatrecht Bd. II 1854 §§ 117. 118) aus, der jedoch Savigny's Abhandlung damals noch nicht gekannt zu haben ſcheint. Nach Bluntſchli ſind die Obligationen auf Inhaber „mit den Grundbegriffen des römiſchen Rechts nicht vereinbar.“ Sie ſind „je nach Art der Forderung die an ſie geknüpft iſt, nach der causa debendi, unter einander verſchieden.[1]) Die häufigſten Fälle ſind Darleihenspapiere und

1) Aus dieſem Grund meint denn auch Bluntſchli § 117 Nr. 1, daß „die Banknoten, obwohl die äußere Form einer Forderung nachbildend, doch,

Aktienſcheine.“ „Dieſe Schuldſcheine ſind aber auch nicht bloße Beweisurkunden für Forderungen, welche außer ihnen ein ſelbſtſtändiges Daſein haben, ſondern die Forderungen ſind gleichſam mit ihnen verwachſen, an ſie gebunden. Sie bilden um der Form willen eine beſondere Gattung von Obligationen mit einem eigenthümlichen Charakter.“

Was ſind alſo die Obligationen auf den Inhaber? Sie ſind Beweisurkunden für Forderungen, welche außer ihnen ein ſelbſtſtändiges Daſein haben; ſie ſind aber doch wieder nicht bloße Beweisurkunden für ſolche Forderungen? Wo iſt nun aber das Kriterium dafür, in welchem Falle das Inhaberpapier Beweisurkunde, und in welchem Fall es doch wieder nicht bloße Beweisurkunde iſt? Die Forderungen haben außer ihnen ein ſelbſtſtändiges Daſein, denn dieſe Obligationen ſind verſchieden nach der causa debendi; und dieſe Forderungen haben doch wieder kein ſelbſtſtändiges Daſein, da ſie mit dem Papiere „gleichſam“ verwachſen ſind. Sie ſind nach der causa debendi verſchieden, das heißt, die Obligationen können Darleihens- und andere Obligationen ſein, und ſie ſind doch wieder alle unter einander gleich, weil ſie „um der Form willen eine beſondere Gattung von Obligationen mit eigenthümlichem Charakter bilden?“ Aber wie kann die Form der Obligation den Charakter, das Weſen der Obligationen modifiziren?

Bluntſchli ſagt (§ 117 Nr. 2): „Die dem Inhaber zuſtehenden Forderungen entſtehen in dieſer Geſtalt erſt durch die Ausgabe der Schuldſcheine. Es kann vorher wohl eine Darleihensforderung oder eine Aktienberechtigung da ſein, aber noch nicht mit dem beſonderen Charakter der Effekten auf In-

---

weil in ihnen die causa debendi nicht vortrete, von den Inhaberpapieren auszuſcheiden und dem Papiergeld analog ſeien.“

haber.“ Bleibt alſo die alte Forderung z. B. die Darleihensforderung als ſolche fortbeſtehen, und nimmt ſie nur noch „einen eigenen Charakter“ an, oder hört ſie auf eine Darleihensforderung zu ſein und gehört nun in „eine beſondere Gattung von Obligationen mit eigenthümlichem Charakter?“ In welchem Verhältniß ſteht die Forderung in der „alten Geſtalt“ zur Forderung in der „neuen Geſtalt?“ Bluntſchli ſtimmt mit Savigny darin überein, daß „der Übergang dieſer Forderungen nicht in der obligatoriſchen Form der Ceſſion, ſondern im Anſchluß an die Beſitzübergabe des Schuldſcheines, d. h. in einer ſachenrechtlichen Form geſchieht“ (§ 117 Nr. 4) und daß daher auch „dem Inhaber Einreden aus der Perſon ſeiner Vormänner nicht entgegengeſetzt werden können“ (§ 117 Nr. 3). Dagegen unterſcheidet ſich Bluntſchli darin von Savigny, daß während nach letzterem der Eigenthümer des Papieres der Gläubiger iſt, nach erſterem jeder Beſitzer des Papieres der wahre Gläubiger iſt: „wer den Schein hat, iſt Gläubiger“ (§ 117 Nr. 5). — Das Princip, daß die Forderung „gleichſam mit dem Papiere verwachſen ſei,“ formulirt Bluntſchli auch noch dahin, daß „die Forderung der Urkunde nachfolge, daß das obligatoriſche Band von Seite der Forderung an die Urkunde geknüpft ſei, und daher mit dieſer von einer Hand in die andere übergehe“ (§ 118 Nr. 1). Die Amortiſation dieſer Papiere hält Bluntſchli nur „aus Billigkeitsrückſichten“ zuläſſig: er wendet hiebei alſo nicht das erſte Princip an, daß dieſe Papiere bloße Beweisurkunden ſeien, ſondern das zweite Princip, wonach die Forderungen an das Papier „gleichſam“ gebunden ſind. —

Beſeler handelt von den Papieren au porteur unter der Rubrik: „Handel mit Werthpapieren“ (Syſtem des gemeinen deutſchen Privatrechts Bd. III 1855 § 225). Er drückt ſich ſol-

lehrten, wie er ſie in der 5. Auflage ſeines für die Wiſſenſchaft des deutſchen Rechts Epoche begründenden Syſtems des deutſchen Privatrechtes (§ 160) entwickelt hat,[1]) „erhält die ſchriftliche Form des Schuldverſprechens dadurch eine beſonders geſteigerte Wirkſamkeit, daß die Schrift ſelbſt zum alleinigen Träger des verpflichtenden Willens erhoben wird.“ „Die Schuldurkunde hat hier eine ganz andere Funktion, als gewöhnlich, wo ſie nur ein Beweismittel für die an und für ſich beſtehende Obligation iſt; ſie iſt hier der verkörperte Wille des Schuldners, der ſonſt nirgends, der nur in ihr vorhanden iſt. An das Daſein des Papieres knüpft ſich demnach das Daſein der Obligation ſelbſt an.“

Die Inhaberpapiere wären hiernach nicht als Verkörperungen des Forderungsrechtes, ſondern als Verkörperungen des obligatoriſchen Willens, des Leiſtungsverſprechens zu betrachten: an das Papier knüpft ſich nicht das Forderungsrecht, ſondern die Schuldverbindlichkeit an: das obligatoriſche Band iſt nicht auf Seite der Forderung, ſondern auf Seite der Schuld an die Urkunde geknüpft. Von dieſem Standpunkte aus erklären ſich in der That ganz einfach alle Erſcheinungen, welchen wir bei den Obligationen au porteur begegnen. Wer das Papier hat, der hat den Willen des Schuldners, ihm zu leiſten, gleichſam gefangen genommen; dem Inhaber des Papieres

1) In der 4. Aufl. des Syſtems nahm Gerber noch ein combinirtes zwitterhaftes Princip der Papiere auf den Inhaber an. Während er nemlich bereits davon ausging, daß „die Schrift ſelbſt zum alleinigen Träger des verpflichtenden Willens erhoben werde,“ meinte er dennoch (Note 2 a. E.), daß dieſe Papiere „an und für ſich bloße Beweisurkunden ſeien, deren beſondere Einrichtung die eigenthümliche juriſtiſche Wirkung erzeuge, daß ihr Beſitz der eine Obligation erzeugende Zuſtand ſei;“ „das Papier ſei eine Schuldurkunde, ihre Wirkung ſei jedoch nicht bloß der Beweis der beſtehenden Forderung, ſondern es knüpfe ſich an ihren Beſitz das Daſein eines obligatoriſchen Verhältniſſes überhaupt an“ (S. 371).

gendermaßen über das Weſen dieſer Obligationen aus. „Bei den meiſten dieſer Werthpapiere (nemlich der Kreditpapiere und der Aktien) kommt ein eigenthümliches Verhältniß vor, welches weſentlich dazu beiträgt, die Urkunde über ihren urſprünglichen Zweck, als Beweismittel zu dienen, hinauszuführen, und ſie, indem ſich das Recht, auf welches ſie ſich bezieht, in ihr verkörpert, mit einem entſprechenden Tauſchwerthe zu verſehen, und ſie nach deſſen Maßſtab zum ſelbſtſtändigen Vermögenswerth zu erheben. Dieſes wird dadurch bewirkt, daß die Urkunde nicht auf einen beſtimmten Namen, ſondern auf den Inhaber ausgeſtellt wird“ (S. 321). Nach Beſeler beſteht ſomit die rechtliche Natur der Inhaberpapiere darin, daß ſie 1. Beweisurkunden; 2. Verkörperungen des Forderungsrechtes; 3. Handelswaare ſind. Überdieß gehören dieſe Papiere nach Beſeler unter die Obligationen, welche nicht an eine beſtimmte Perſon geknüpft ſind. Beſeler ſpricht ſich folgendermaßen aus (§ 225 Nr. I). „Das römiſche Recht kannte die Papiere auf den Inhaber nicht, und konnte ſie auch nicht kennen, da es die Obligation nur an beſtimmte Perſonen geknüpft ſein ließ. Dagegen hat das deutſche Recht, in welchem von jeher eine andere Anſchauung von dem Weſen der Obligation vorherrſchte, ſie zu einem gemeinrechtlichen Inſtitut ausgebildet.“ Als die rechtliche Wirkung der Formel auf den Inhaber gibt Beſeler Folgendes an (S. 322): „Sie befähigt den Inhaber der Urkunde zur Ausübung des in derſelben bezeichneten Rechtes, und macht es dadurch möglich, daß die Übertragung des Rechtes durch die Übertragung der Urkunde geſchieht.“

§ 10.

B. Eine originelle und geiſtreiche Auffaſſung der Inhaberpapiere findet ſich bei Gerber. Nach der Anſicht dieſes Ge-

lehrten, wie er ſie in der 5. Auflage ſeines für die Wiſſenſchaft des deutſchen Rechts Epoche begründenden Syſtems des deutſchen Privatrechtes (§ 160) entwickelt hat,[1]) „erhält die ſchriftliche Form des Schuldverſprechens dadurch eine beſonders geſteigerte Wirkſamkeit, daß die Schrift ſelbſt zum alleinigen Träger des verpflichtenden Willens erhoben wird.“ „Die Schuldurkunde hat hier eine ganz andere Funktion, als gewöhnlich, wo ſie nur ein Beweismittel für die an und für ſich beſtehende Obligation iſt; ſie iſt hier der verkörperte Wille des Schuldners, der ſonſt nirgends, der nur in ihr vorhanden iſt. An das Daſein des Papieres knüpft ſich demnach das Daſein der Obligation ſelbſt an.“

Die Inhaberpapiere wären hiernach nicht als Verkörperungen des Forderungsrechtes, ſondern als Verkörperungen des obligatoriſchen Willens, des Leiſtungsverſprechens zu betrachten: an das Papier knüpft ſich nicht das Forderungsrecht, ſondern die Schuldverbindlichkeit an: das obligatoriſche Band iſt nicht auf Seite der Forderung, ſondern auf Seite der Schuld an die Urkunde geknüpft. Von dieſem Standpunkte aus erklären ſich in der That ganz einfach alle Erſcheinungen, welchen wir bei den Obligationen au porteur begegnen. Wer das Papier hat, der hat den Willen des Schuldners, ihm zu leiſten, gleichſam gefangen genommen; dem Inhaber des Papieres

1) In der 4. Aufl. des Syſtems nahm Gerber noch ein combinirtes zwitterhaftes Princip der Papiere auf den Inhaber an. Während er nemlich bereits davon ausging, daß „die Schrift ſelbſt zum alleinigen Träger des verpflichtenden Willens erhoben werde,“ meinte er dennoch (Note 2 a. E.), daß dieſe Papiere „an und für ſich bloße Beweisurkunden ſeien, deren beſondere Einrichtung die eigenthümliche juriſtiſche Wirkung erzeuge, daß ihr Beſitz der eine Obligation erzeugende Zuſtand ſei;“ „das Papier ſei eine Schuldurkunde, ihre Wirkung ſei jedoch nicht bloß der Beweis der beſtehenden Forderung, ſondern es knüpfe ſich an ihren Beſitz das Daſein eines obligatoriſchen Verhältniſſes überhaupt an“ (S. 371).

gegenüber beſteht die an das Papier geknüpfte Schuldverbindlichkeit; wer das Papier verloren hat, der hat damit das Leiſtungsverſprechen des Schuldners verloren. „Der Beſitzer des Papieres iſt daher wirklicher Gläubiger, nicht bloß der gutgläubige Beſitzer oder etwa nur der Eigenthümer; zwiſchen dem Eigenthum am Papier und dem Verhältniß zum Schuldner iſt innerlich kein Zuſammenhang“ (§ 160 Note 8). „Der Schuldner verpflichtet ſich nicht einem beſtimmten Individuum gegenüber;“ er entläßt ſeinen verkörperten Leiſtungswillen in die Welt: „wer das Papier hat, ſoll Gläubiger ſein.“ „Übertragung der Forderung iſt daher nicht Ceſſion, ſondern Tradition der Urkunde.“ Geht das Papier unter, ſo iſt damit der Wille des Schuldners zu leiſten, der an das Papier geknüpfte obligatoriſche Wille untergegangen: „Untergang oder Verluſt des Papieres iſt Untergang der Forderung.“

So einfach und nach allen Seiten hin ausreichend dieſe Conſtruktion immerhin erſcheinen mag, ich halte ſie dennoch für innerlich unmöglich. Es gibt zwar eine Fixirung des Willens, nicht aber eine Verſubſtantiirung des Willens, eine Verkörperlichung desſelben. Der Wille kann gebunden werden, aber er läßt ſich nicht derart mit einem Stück Papier identificiren, daß er dadurch zur greifbaren, faßbaren Sache würde. Einen Willen, der übertragbar wäre, und aus einer Hand in die andere wanderte, einen Willen, nach dem wir wie nach einem Schmetterlinge zu haſchen hätten, um ihn zu haben, und der uns dann wieder entwiſchen könnte, einen ſolchen von der geſammten Willensſphäre ausgeſchiedenen ſelbſtſtändig in der Welt herumfahrenden Willen gibt es, wie ich glaube, nicht, und auf eine ſolche Vorausſetzung läßt ſich ein juriſtiſches Gebäude nicht aufführen. Sollte aber ſelbſt eine ſolche von Gerber poſtulirte Verkörperung des ſchuldneriſchen Willens an ſich mög-

lich ſein, ſo müßte es immer doch wenigſtens ein von jeder materiellen causa losgelöſter Leiſtungswille ſein, es müßte ein abſtrakter Wille ſein, der im Papier verkörpert, einem dienſtbaren Geiſte ähnlich, an den Einzelnen mit der Aufforderung hinanträte: faſſe mich, denn ich ſuche meinen Herrn! Nach Gerber's Anſicht ſoll es aber eine materielle Obligatio ſein, welche an das Inhaberpapier geknüpft wird (vgl. § 158 a. E.); die durch den Beſitz des Papieres begründete Forderung ſoll z. B. eine Darleihensforderung ſein (§ 160 Note 1 a. E.) Wie aber hat man ſich dieß zurecht zu legen? Der A hat dem B 100 geliehen, dieſer ſtellt dafür ein Papier au porteur aus: was iſt nun geſchehen? Wenn der Wille des Schuldners in der That nur in dem Papier und ſonſt nirgends vorhanden iſt, wenn alſo der Wille, 100 zu zahlen, nicht mehr einen unſelbſtſtändigen Theil des Darlehenscontraktes bildet, ſondern eine ſelbſtſtändige unabhängige Exiſtenz im Papiere führt, muß da nicht eine Abſtraktion von der Cauſa vor ſich gegangen ſein, d. h. muß nicht die Obligation au porteur eine formelle ſein?

§ 11.

In der neueſten Zeit hat Ihering in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römiſchen und deutſchen Privatrechtes (Bd. I Heft 1 S. 49 Note 20) eine neue Anſicht über das civiliſtiſche Weſen der Inhaberpapiere ausgeſprochen. Ihering ſagt: „Ich erblicke in dem Papier nur das rechtlich geſicherte Mittel zur Begründung einer Obligation, nicht die Obligation ſelbſt. Der Inhaber des Papiers befindet ſich zur Obligation in derſelben rechtlichen Lage, wie der Delat zur Erbſchaft, beide haben das Recht (durch Präſentation, Antretung) die Obligation oder Erbſchaft zu erwerben, nur daß dieß Recht in dem einen Fall übertragbar, in dem anderen Falle

unübertragbar war. Bei den Römern gab es jedoch auch ein Mittel, die Erbſchaft, wenigſtens die teſtamentariſche, ſchlechthin übertragbar zu machen, nemlich dadurch, daß man ſtatt des Erben deſſen Sklaven einſetzte. Mit dem Sklaven konnte der Eigenthümer das Recht der Antretung der Erbſchaft auf jeden Anderen übertragen. Der jedesmalige Eigenthümer des Sklaven war der jedesmalige Delat, und ich kenne kein Verhältniß des römiſchen Rechtes, das ein paſſenderes Seitenſtück zu unſeren heutigen Papieren auf den Inhaber darböte. In beiden Fällen handelt es ſich um eine durch die Sache (Sklave, Papier) ihrem Inhaber gewährte und mithin mit ihr übertragbare Möglichkeit, ein gewiſſes Rechtsverhältniß beliebig und jeder Zeit zu begründen. Ob man vor der Präſentation bereits eine Obligation annimmt oder nicht, iſt praktiſch, ſo weit ich ſehe, auch nicht vom geringſten Einfluß. Denn will der Inhaber dem Schuldner gegenüber ſeinen Anſpruch erheben, ſo entſteht ja auch ſofort die Obligation. Um aber das Papier zu verkaufen, verpfänden, und ſelbſt, ſo weit dieß möglich, zu vindiciren, iſt die Annahme einer bereits vorhandenen Obligation keineswegs erforderlich. So wenig wie der Eigenthümer des Sklaven, wenn er letzteren vindicirte, damit juriſtiſch die Erbſchaft vindicirte, ungeachtet ihm dieſe Vindication mittelbar das Recht auf die Erbſchaft ſicherte, ebenſowenig darf man in der Vindication des Papieres auf den Inhaber juriſtiſch eine Vindication der Obligation finden. Der einzige Unterſchied beider Verhältniſſe, der aber der Vergleichbarkeit beider nicht im Wege ſteht, liegt darin, daß die Erwerbsmöglichkeit in dem einen Fall an das Eigenthum, in dem andern an das Innehaben der Sache geknüpft iſt. Die Amortiſation des Papieres auf den Inhaber erſcheint als eine Reſtitution gegen den Verluſt einer Erwerbsmöglichkeit. (Analogie im röm. Recht: transmissio

hereditatis ex capite restitutionis in integrum.) Das Datum des für die Obligation beſtellten Pfandes (Pfandſchein) iſt nicht der Tag der Präſentation des Papieres, ſondern der Tag der Ausſtellung, was nach den Grundſätzen des deutſchen Pfandrechts, welches Eintragung einer Hypothek in personam incertam oder futuram zuläßt, keine Schwierigkeiten macht."

Es wäre voreilig, über dieſe Anſicht ein definitives Urtheil fällen zu wollen, da Ihering nur „den Kern ſeiner Anſicht mit Wenigem angegeben" und ſich eine nähere Ausführung und Begründung derſelben vorbehalten hat. Ich will es daher auf eine ſpätere Zeit verſchieben, meine Bedenken gegen dieſe Anſicht auszuſprechen.

Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere.

§ 12.

Um die rechtliche Natur der Inhaberpapiere darzustellen, muß vor Allem eine kurze Erörterung über den Begriff und das charakteristische Wesen der materiellen und formellen Verträge stattfinden.

Die Meinungen der neueren Schriftsteller über diese wichtige Materie gehen auseinander. Während Liebe (Die Stipulation und das einfache Versprechen 1840 § 6—8) von der (gewiß unrichtigen) Ansicht ausgehend, daß der bloße Consens der Contrahenten die materia ex qua der Vertragsobligationen zu bilden nicht im Stande sei,[1]) den Unterschied zwischen Formal- und Materialcontracten darin finden will, daß dort eine Form ohne Inhalt, hier ein Inhalt ohne Form die Verbindlichkeit erzeuge;[2]) während Gneist (Die formellen Verträge des neuen römischen Obligationenrechtes in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechtes 1845 Abth. II Die Stipulation und ihre Causa) der Meinung ist, daß formelle Verträge jene seien, bei welchen die Causa fingirt werde, und

1) Vgl. auch Liebe Einleitung und Erläuterung zur D. W. O. S. XXX.

2) Vgl. auch Liebe Über Wesen und Eintheilung der materiellen Contracte des röm. Rechts, in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. XV (1841) Nr. III.

daraus den Schluß zieht (S. 226 fg.), daß es im heutigen Rechte formelle Verträge und zwar insbesonders Novationen nicht mehr gebe, weil solche Fictionen unserem deutschen Rechtsbewußtsein fremd seien, hat in neuester Zeit Bähr in seiner kernigen Schrift: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855) den Unterschied zwischen materiellen und formellen Verträgen dahin festgestellt (§§ 3. 5. 6. 40—42), daß bei jenen das obligatorische Versprechen in völliger Abhängigkeit von seinem Rechtsgrunde stehe, der in einem Gegenversprechen oder in einer reellen Leistung bestehen mag, während bei den formellen Verträgen das einfache Versprechen zu einer selbstständigen von ihrer Causa losgelösten Obligation erhoben werde.

Aber auch dieser mit vieler Gelehrsamkeit und großem Scharfsinn vorgetragenen Ansicht kann wohl nicht beigestimmt werden. Die mannigfachen Bedenken, welche sich gegen dieselbe erheben, hat bereits Arndts (Kritische Überschau Bd. IV Heft 2 S. 219 fg.) so treffend ausgesprochen, daß es genügen mag, hiermit auf dessen Ausführungen verwiesen zu haben.[3]) Allerdings kann man zwar, wie dieß Bähr thut, jene Verträge, bei welchen das obligatorische Versprechen in völliger Abhängigkeit von seinem in einem Gegenversprechen oder einer reellen Leistung bestehenden Rechtsgrund verbleibt, als s. g. materielle Verträge besonders hervorheben und ihnen alle übrigen obligatorischen Verträge als s. g. negativ-formelle entgegenstellen, bei welchen es an einer solchen synallagmatischen Beziehung (l. 19 D. de V. S. l. 7 § 2 D. de pact. 2, 14) fehlt. Allein es ist nicht abzusehen, was mit dieser Unterscheidung gewonnen sein soll. Denn

3) Vgl. auch Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. für die gesammte Rechtsw. Bd. III S. 496—512 insbes. S. 503 fg.

dann gehört auch der Mandatsvertrag, der doch schon nach römischem Recht ein Consensualcontract ist, zu den formellen Verträgen,[4]) da auch bei diesem Vertrag von einer synallagmatischen Beziehung auf ein Gegenversprechen oder eine Vorleistung keine Rede sein kann (l. 1 § 4 D. mand. 17, 1 mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit) und dasselbe gilt vom Schenkungsvertrag,[5]) der nach justinianischem Recht formlos geschlossen werden kann. Daß Mandats- und Schenkungsvertrag auch im heutigen Recht gültige Verträge seien, daran hat nie Jemand gezweifelt: um aber der Novation, der Abrechnung, der Rechnungsstellung und dem einfachen Anerkennungsvertrag den Charakter auch heutzutage rechtsverbindlicher Geschäfte zu vindiciren, dazu bedarf es jener Unterscheidung gar nicht, sondern es genügt, an dem Satz festzuhalten, daß der Verpflichtungswille, der Consens der Parteien die materia ex qua der Vertragsobligation, die wahre Quelle der Obligatio ex contractu sei.[6])

Für das heutige Recht dagegen läßt sich, wie ich glaube, folgende Unterscheidung mit Nutzen machen. Formelle[7]) Ver-

---

4) Auch Liebe (Stipul. S. 78. 79) vermag die Rechtswirksamkeit des Mandatsvertrags nur in einer Weise zu erklären, welche mit dem von ihm aufgestellten Princip, daß der Consens die materia ex qua der Obligationen zu sein nicht vermöge, im entschiedensten Widerspruch steht.

5) Den Schenkungsvertrag scheint Bähr S. 153 vgl. S. 16 zu den materiellen Verträgen zu rechnen, was von seinem Standpunkt aus jedenfalls inconsequent wäre; vgl. Arndts S. 237.

6) Vgl. Arndts S. 237.

7) Der Ausdruck formell wird hier in negativer Beziehung genommen (vgl. Bähr § 8), um die Abstraction von der Causa, die Negation der Verbindung des Versprechens mit seinem Rechtsgrund auszudrücken, im Unterschied von positiv-formellen Verträgen d. h. Verträgen, wobei die Willensäußerung der Parteien an bestimmte durch Gesetz oder Willkür der Parteien vorgeschriebene Formen gebunden ist; vgl. Savigny System III § 130 Obl. R. II S. 243 fg.

träge ſind im heutigen Rechte jene, bei welchen die Parteien mit Bewußtſein und abſichtlich das obligatoriſche Verſprechen von ſeiner Cauſa iſoliren, um ein abſtractes Forderungsrecht zu begründen. Das charakteriſtiſche Kriterium des formellen Vertrages beſteht ſonach allerdings in der Abſtraction von der Cauſa; dieſe Abſtraction von der Cauſa muß aber durch den eigens darauf gerichteten Willen der Parteien herbeigeführt werden. Wo es an einer ſolchen bewußten Iſolirung des obligatoriſchen Verſprechens von ſeinem Rechtsgrunde fehlt, wo der Wille nicht darauf gerichtet iſt, ein Forderungsrecht unter Abſtraction von ſeiner Cauſa zu begründen, da iſt nicht ein formeller, ſondern ein materieller Vertrag vorhanden, und das obligatoriſche Verſprechen kann nicht für ſich allein, ſondern nur in Verbindung mit ſeiner Cauſa in Betracht kommen. Daher ſind heutzutage Novation, Abrechnung, Rechnungsſtellung und einfacher Anerkennungsvertrag — Verträge, welche nach römiſchem Rechte nur durch Stipulation eingegangen werden konnten, im heutigen Rechte aber, wo das einfache formloſe Verſprechen an die Stelle der Stipulation getreten iſt, formlos geſchloſſen werden können — ebenſowenig als formelle Verträge zu betrachten,[8]) als etwa der Schenkungsvertrag oder der Kauf-, Darlehens- oder Mandatsvertrag, da bei allen dieſen Verträgen der Wille der Parteien nicht darauf gerichtet iſt, das Verſprechen von ſeinem Rechtsgrunde zu iſoliren, ſondern vielmehr gerade umgekehrt das Verſprechen in der Verbindung mit ſeiner Cauſa verbleibt. Dagegen ſind Bürgſchaft, Expromiſſion und insbeſondere Delegation auch im heutigen Recht, nach welchem ſie formlos eingegangen werden können, (negativ-)formelle

8) Dieſe Verträge erklärt Bähr § 41 § 55 fg. von ſeinem Standpunkt aus für formelle Verträge.

Verträge, weil hier in der That „die Umstände sehr klar die Absicht ergeben, das Versprechen von seinem Rechtsgrund zu isoliren und zu einem selbstständigen Vertrag zu erheben“ (Bähr S. 115).

Daß nun aber der Wille auch heutzutage die Fähigkeit habe, die Verbindung des obligatorischen Versprechens mit der Causa aufzuheben und das einfache Versprechen isolirt zu einem selbstständigen Vertrage zu erheben, darüber kann kein Zweifel sein. Denn im römischen Rechte hatte, wie Bähr S. 155 dieß treffend ausdrückt, „der Wille unzweifelhaft diese Fähigkeit im Wege der Formalcontracte; dem von Formen entfesselten Willen aber kann keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen; für die Wirksamkeit der römischen Formalcontracte war die positive Form nicht die causa efficiens, sondern nur die conditio sine qua non: diese letztere ist hinweggefallen, der Wille als causa efficiens ist übrig geblieben.“ Dagegen findet zwischen dem heutigen und dem römischen Rechte folgender praktisch wichtige Unterschied statt. Im römischen Rechte war mit der Form der Stipulation das allgemein anwendbare Mittel gegeben, von der Causa zu abstrahiren; ja es mußten die Parteien in die Stipulationsformel die Causa besonders aufnehmen, um die naturgemäße Verbindung des obligatorischen Versprechens mit seinem Rechtsgrund auch äußerlich herzustellen. Bei uns dagegen hängt das Versprechen regelmäßig mit seiner Causa zusammen, es bedarf daher gerade umgekehrt erst einer besonderen Thätigkeit der Parteien, um das Versprechen aus dieser naturgemäßen Verbindung mit seiner Causa loszulösen, um die Isolirung des Versprechens von seinem Rechtsgrunde zu bewerkstelligen und ein abstractes Forderungsrecht zu begründen. Zu diesem Zwecke können sich die Parteien der mündlichen Rede bedienen; so z. B. können zwei

Rechtsgelehrte, welche die Bedeutung der Stipulation genau kennen, eine Verpflichtung unter sich durch Stipulation feststellen; sie benützen die Stipulationsform, um ein abstractes Forderungsrecht zu begründen.[9]) Ebenso werden heutigen Tages Bürgschafts- und Delegationsverträge regelmäßig mündlich abgeschlossen, weil sich hier schon aus der Natur des Geschäfts die Isolirung des obligatorischen Versprechens von seiner Causa mit Bestimmtheit ergibt. Als ein besonders taugliches Mittel erweist sich aber die Schrift, welche denn auch im heutigen Rechte vielfach dazu benützt wird, um die beabsichtigte Isolirung des Versprechens von seiner Causa zu vollziehen und ein abstractes Forderungsrecht zu begründen. Diese Contracte sind die Literalcontracte des modernen Rechtes,[10]) d. h. schriftliche Formalverträge,[11]) aus denen eine formelle Obligation,[12]) eine streng einseitige Verpflichtung und ein abstractes Forderungsrecht hervorgeht.

Die Untersuchung hat daher immer nur dahin zu gehen, ob die Parteien in der That den Willen gehabt haben, ein von der Causa losgelöstes Versprechen zu geben, ein abstractes

---

9) Vgl. Savigny Obl. R. II S. 244. Bähr S. 155.

10) Ueber den älteren Literalcontract der Römer vgl. Savigny System V Beil. XIV Nr. IX. Gneist Formelle Verträge Abth. IV. V. Savigny Vermischte Schriften Bd. I Nr. IX.

11) Diese Verträge sind also sowohl in negativer Beziehung (Abstraction von der Causa) als in positiver Beziehung (schriftliche Form, scripturae proprietas) formeller Natur.

12) Unter Literalcontracten werden hier somit schriftliche Verträge verstanden, welche Entstehungsgrund einer formellen Obligation sind. Solche Verträge, bei welchen die Schrift erforderlich ist, damit sie gültig oder doch klagbar seien, woraus dann aber eine materielle Obligatio entspringt, kann man Quasiliteralcontracte nennen, etwa in dem Sinn, wie nach den tüchtigen Ausführungen Gneist's S. 413 fg. insbes. S. 506 (vgl. auch Savigny Vermischte Schriften I S. 245. 246) die Stelle bei Gajus III 134 zu verstehen ist.

Nomen zu constituiren.[13]) Iſt dieß der Fall, ſo iſt ein formeller Vertrag vorhanden, wobei nicht der Grund und Zweck des Verſprechens die Hauptſache bildet, ſondern wobei die Veranlaſſung des Verſprechens zunächſt gar nicht in Betracht kommt.[14]) Die Cauſa gehört dann nicht mehr zur Subſtantia der Obligation; der Rechtsgrund bildet dann nicht mehr einen poſitiven, ſondern nur einen negativen Beſtandtheil des Vertrages;[15]) wer aus dem formellen Vertrage klagt, der hat nichts anderes, als das einfache obligatoriſche Verſprechen anzuführen, und braucht ſeine Klage nicht weiter zu ſubſtantiiren,[16]) indem es vielmehr Sache des Geklagten iſt, ſich gegen die Verurtheilung durch Angabe der Mängel der Cauſa zu ſchützen.

§ 13.

Was zunächſt den Wechſel betrifft, ſo ſind es heutzutage[1]) nur noch zwei Anſichten, welche ſich um die Herrſchaft

---

13) Ich kann es daher auch nicht billigen, wenn Thöl I § 125 Note 26 II § 181. 270 u. Gerber § 158 a. E. die Gültigkeit eines (negativ-) formellen Vertrags als etwas Beſonderes, Ausnahmsweiſes, einer eigenen Rechtfertigung Bedürftiges betrachten.

14) Vgl. Savigny Vermiſchte Schriften I S. 206. 207.

15) Vgl. Savigny Obl. R. II S. 263.

16) Vgl. Liebe Stipul. § 8. Was die römiſche Stipulatio anbetrifft, ſo gehörte die Cauſa ſicher ebenſowenig zur Subſtantia der Obligatio, als ſie zur Uebertragung des Eigenthumsrechts durch Tradition gehörte: hier wie dort war es die bloße voluntas, welche die Vermögenszuwendung zu Stande brachte (l. 9 § 3 D. de A. R. D. 41, 1); vgl. Savigny Obl. R. II § 78. Windſcheid Die Lehre von der Vorausſetzung (1850) S. 198 in der Note.

1) Die vielfachen verſchiedenen Anſichten, welche in früherer Zeit über die rechtliche Natur des Wechſels herrſchten, finden ſich dargeſtellt bei Biener Abhandl. aus dem Gebiet der Rechtsgeſchichte (1846). Abhandl. II Hiſtoriſche Erörterungen über den Urſprung und den Begriff des Wechſels § 4. 5. Thöl Handelsr. II § 215. 216. Gengler Lehrb. des deutſchen Privatr. S. 595 fg.; vgl. auch Liebe Einleit. zur D. W. O. S. XVII fg.

ſtreiten. Nach der einen Anſicht iſt der Wechſel als kaufmänniſches Papiergeld zu betrachten, daher die Exiſtenz des Wechſelcontractes ſelbſt zu läugnen und die Wechſelſchulden überhaupt aus dem Gebiete der Vertragsverhältniſſe ganz wegzuweiſen. Nach der anderen Anſicht gehören die Wechſel ins Obligationenrecht, die Wechſelverbindlichkeiten ſind formelle Obligationen, der Wechſelvertrag ein formeller Contract. Die letztere Anſicht wird nicht nur von der überwiegenden Mehrheit der heutigen Schriftſteller getheilt,[2]) ſondern auf dieſer Seite ſtehen auch die bedeutendſten Autoritäten.[3]) Dieſe Anſicht, welche heutzutage als die herrſchende betrachtet werden kann,[4]) liegt trotz des von manchen Seiten erhobenen Widerſpruches auch der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung zu Grunde. Sie enthält in der That „das allein richtige Princip, welches zuerſt eine wiſſenſchaftliche Begründung des Wechſelinſtitutes ermöglicht hat.“ Was die Anſicht betrifft, daß der Wechſel kaufmänniſches Papiergeld ſei, eine Anſicht, welche bekanntlich Einert in ſeinem für die Behandlung des Wechſelrechtes Epoche machenden Werke: Das Wechſelrecht nach dem Bedürfniſſe des Wechſelgeſchäfts im

---

2) Hieher gehören Thöl Handelsr. Bd. II. Liebe Einleit. S. XXIII —XXVII. Bluntſchli Erläuterung der allgem. D. W. O. (1852) S. 3 —9. Renaud Lehrb. des gem. deutſchen Wechſelrechts (1851) § 9. Gerber System § 209. Gengler Lehrb. S. 609 fg. Hillebrand Lehrb. § 126. Walter System § 331. Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 68 u. A.

3) Es ſoll hier darauf aufmerkſam gemacht werden, daß Savigny ſchon in ſeiner 1816 geſchriebenen Abhandlung über den Literalcontract der Römer bemerkt hat, daß „unſer Wechſelgeſchäft ein formeller Contract ſei“ (Vermiſchte Schriften I S. 206) und daß er es an mancher belehrenden Vergleichung des Wechſels mit dem altrömiſchen Literalcontract nicht fehlen läßt.

4) Vgl. Motive zum Entwurf einer W. O. für die preußiſchen Staaten (1847) S. VII u. Liebe Einleit. S. XXIX.

19. Jahrhunderte (1839) ausgesprochen hat, so kann ich nicht umhin, dem Urtheile Liebe's (Einleitung zur D. W. O. S. XXII)[5]) beizustimmen, „daß diese Auffassung der nöthigen juristischen Schärfe entbehrt, daß sie statt der Bezeichnung des Wesens der Sache eine Analogie gibt, die in vielen Fällen paßt, in vielen aber nicht, und jedenfalls die Ableitung weiterer auf den Wechsel anzuwendender Folgen nicht zuläßt;[6]) erklärt man den Wechsel, in der Absicht, dessen rechtliche Natur damit zu bestimmen, für ein Papiergeld, so gibt man damit nicht weniger auf, als das eigenthümliche Wechselrecht und bringt höchstens den ganz unbestimmten Begriff des Kurstrens und der Negoziabilität an dessen Stelle."[6a])

---

5) Vgl. auch Thöl § 216 Nr. 22. Bluntschli Wechselr. S. 8 und Laden-burg im Archiv für Wechselr. Bd. III Nr. VIII. Ist der Wechsel Papiergeld? vgl. auch Savigny Obl. R. II S. 104.

6) In neuester Zeit hat Brauer in der § 1 dieser Schrift angef. Abh. im Archiv f. Wechselr. Bd. III Nr. XIV darzuthun versucht, daß die Theorieen von Liebe, Thöl und Einert ganz übereinstimmend seien. Wenn man unter Papiergeld dasjenige versteht, was Brauer darunter versteht (§ 1 dieser Schrift), so stimmen die Theorieen allerdings zusammen, aber auch nur in Einem Punkt, um in allen übrigen Beziehungen gleich wieder auseinanderzugehen. So leitet denn auch Brauer (§ 7 fg.) aus der Natur des Papiergelds für den Wechsel ganz andere Folgen ab, als welche Thöl und Liebe aus ihrem Princip ableiten und die allg. D. W. O. sanctionirt hat. Was Brauer (§ 4 § 6) gegen die Auffassung des Wechsels als eines Formalcontracts anführt, ist, wie mir scheint, aus einer ungenügenden Berücksichtigung des Begriffs und Wesens der Formalcontracte hervorgegangen; vgl. dagegen auch Weber in der § 22 Note 33 dieser Schrift angef. Abh. § 8.

6 a) Die an sich richtige Ansicht wird aber hin und wieder in einer Form ausgesprochen, welche um so weniger gebilligt werden kann, als der unrichtige Ausdruck nur zu sehr geeignet ist, die richtige Auffassung und zwar nicht bloß des Wechsels zu trüben. Dieß gilt insbesondere von der Darstellung Thöl's (I § 127 II § 179. 180 und an andern Stellen s. Handelsr.), der sich Gerber § 209 anschließt. Thöl sieht im Wechselversprechen ein Summenversprechen und meint, Summen- und Schuldversprechen seien zwei verschiedene Dinge. Allein auch das Schenkungsversprechen von 100 ist ein Summenversprechen,

Es ist für die weitern Untersuchungen von Wichtigkeit, sich darüber zu verständigen, was das Wesen der Tratte ausmache. Die herrschende Lehre steht bekanntlich in der Tratte „ein Wechselversprechen unter der Bedingung der Nichtausführung eines Zahlungsauftrages;" so Thöl § 179 und an vielen Stellen seines Wechselrechtes und ihm folgen hierin die meisten Neueren, indem auch sie davon ausgehen, daß die Tratte einen Zahlungsauftrag enthalte. [7]) Diese Auffassung enthält zwar Wahrheit, aber nicht die ganze Wahrheit.

Es entsteht nemlich sofort die Frage, in welchem Verhältniß der Acceptationsvertrag zum Zahlungsauftrag stehe. Cropp (Juristische Abhandlungen Bd. II Nr. XIII) und Thöl (§ 198) versichern beide, daß der Bezogene nicht blos zahlen, sondern, wenn es verlangt werde, auch acceptiren dürfe. Allein wie kommt es, daß im Geben des Acceptes nicht eine Mandatswidrigkeit liegt? Es ist ein bekannter Grundsatz des römischen und ebenso des heutigen Rechtes, [8]) daß der Mandatar, der blos ein Zahlungsmandat (mandatum solvendi) erhalten hat, und dem Dritten, dem er zahlen soll, ein selbstständiges Versprechen, daß er zahlen werde, geleistet hat, offenbar mandatswidrig handle [9]) und dadurch insbesonders dem Revocations-

---

und umgekehrt ist ein Wechselversprechen 100 zu zahlen, ein Schuldversprechen: das Charakteristische des Wechsels besteht vielmehr darin, daß er ein abstractes (Summen-)Versprechen ist (vgl. Thöl § 184. 297). Gegen jene Definition Thöl's haben sich mit Recht bereits Bluntschli Wechselr. S. 3 fg. und Gengler S. 609 fg. erklärt.

7) Vgl. z. B. Gerber System § 208. Renaud Wechselr. § 31. Walter System § 327 u. A.

8) Vgl. hierüber Cropp in der angef. Abh. § 4 § 5 Not. 24. Thöl I § 117.

9) l. 10 l. 12 § 2 l. 18 l. 34 § 3 l. 38 § 1 l. 51 D. de solut. (46, 3) l. 10 l. 21 l. 25 D. de novat. (46, 2) l. 4 l. 7 C. eod. tit. (8, 42).

rechte des Mandanten nicht präjudiciren könne.[10]) Hätte also der Mandatar, dem nur aufgetragen war, zu zahlen, dem Dritten promittirt, so würde es dem Mandanten noch immer freistehen, zu contremandiren, der Mandatar bliebe aber aus seinem selbstständigen Versprechen dem Dritten gebunden[11]) und hätte seinen Regreß (actio mandati contraria) gegen den contremandirenden Mandanten verloren.[12]) Alles dieß gilt bei Wechseln und kaufmännischen Anweisungen nicht; der Bezogene, der promittirt, handelt nicht mandatswidrig, und hat er einmal promittirt, so ist eine Contreordre wirkungslos. Die beiden oben angeführten Schriftsteller suchen dieß in folgender Weise zu erklären.

Cropp (S. 355. 356) sagt: „Bei Anweisungen und Wechseln wird der Auftrag nicht direkt an den Bezogenen übersendet, wenigstens nicht der, welcher in dem Wechsel oder in der Anweisung ertheilt ist, sondern jene direkte Ordre wird höchstens durch einen nebenher geschriebenen Avisbrief gegeben. Wechsel und Anweisungen werden vielmehr sofort dem Remittenten eingehändiget und müssen dieses nach Gesetz und Herkommen, so daß letzterer es sich nicht gefallen zu lassen braucht,

10) l. 12 § 2 l. 106 l. 108 D. de solut. (46, 3) l. 12 § 16 D. mand. (17, 1).

11) l. 7 C. de novat: (8, 42). Si solvere tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spopondit vel debitum constituit, suo nomine conveniri potest.

12) Von diesen Grundsätzen macht das römische Recht nur aus Billigkeitsrücksichten die Ausnahme, daß der mandatswidrig promittirende Mandatar dennoch zum Regreß gegen den Mandanten berechtigt sein solle, wenn er in Gemäßheit jener übernommenen Verpflichtung dem Dritten Zahlung geleistet, also mittelbar dennoch den nicht widerrufenen Auftrag des Mandanten erfüllt d. h. gezahlt habe; l. 45 § 4 D. mand. (17, 1): Sed si mandavero tibi ut creditori meo solvas tuque expromiseris et ex ea causa damnatus sis, humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere.

wenn der Ausſteller ſie ſelbſt an den Bezogenen befördern wollte. Dieſes Verfahren kann daher keineswegs als etwas Gleichgültiges bei dem Geſchäfte angeſehen werden, ſondern es liegt darin offenbar die Idee zu Grunde, daß der Remittent nicht bloß verpflichtet, ſondern daß er auch berechtigt ſein ſolle, die Annahme und Ausführung des zu ſeinen Gunſten dem Bezogenen ertheilten Auftrages zu erwirken. Schon durch dieſe Form des Verfahrens, noch mehr aber dadurch, wenn der Ausſteller in der Urkunde dem Remittenten über die Valuta quittirt, oder wenn er dieſelbe an deſſen Ordre ſtellt, gibt es ſich deutlich zu erkennen, daß der Ausſteller auch zu dem Remittenten in ein Mandatsverhältniß treten will, und daß Letzterer hierbei als Beauftragter zu ſeinem eigenen Beſten angeſehen werden ſoll. Dadurch aber, daß der Ausſteller dieſe Anſicht ſeines Verhältniſſes zum Remittenten dem Bezogenen im Wechſel oder in der Anweiſung zu erkennen gibt, ertheilt er demſelben zugleich die Erlaubniß, den Remittenten als den eigentlichen Herrn des Geſchäftes anzuſehen und ſich mit ihm als ſolchem einzulaſſen. So wird es denn auch im Handelsverkehre entſchieden zu den vom Ausſteller dem Bezogenen ertheilten Befugniſſen gerechnet, ſich durch eine Acceptation des Wechſels oder der Anweiſung, wenigſtens der kaufmänniſchen, gegen den Remittenten und deſſen Hintermänner ſelbſtſtändig auf eine ſolche Weiſe zu verpflichten, die der Ausſteller für ſich als bindend und unwiderruflich anerkennen muß.“

Thöl (I § 123) ſagt: „Das Mandat lautet bei der Aſſignation den Worten nach zwar nur auf Zahlung und danach wäre das vom Aſſignaten dem Aſſignatar gegebene Zahlungsverſprechen mandatswidrig und könnte dem Rechte des Aſſignanten, den Auftrag, bevor gezahlt iſt, zurückzunehmen, nicht präjudiciren. Die Meinung muß aber anders aufgefaßt werden

wegen des neben dem Zahlungsmandate ertheilten Einkaſſirungsmandats. Der Aſſignatar kann ſeiner Verpflichtung die Zahlung mit allem Fleiß zu erwirken, nicht beſſer nachkommen, als wenn er ſich die Zahlung verſprechen läßt und ſonach darf es der Meinung des Aſſignanten nicht zuwider geachtet werden, daß er ſich das Zahlungsverſprechen geben läßt. Bei dieſer Meinung würde er aber mit ſich ſelbſt in Widerſpruch ſein, wollte er das Verſprechen des Aſſignaten der Meinung des dieſem ertheilten Zahlungsauftrages widerſtreitend erklären; da nun das eine der beiden ſich entſprechenden Mandate aus dem anderen, und namentlich das Zahlungsmandat aus dem Einkaſſirungsmandate zu interpretiren iſt, ſo iſt die eigentliche Meinung der Anweiſung dahin zu verſtehen, daß der Aſſignat zahlen ſolle und, werde es verlangt, verſprechen dürfe. Es darf alſo eine acceptirte Anweiſung nicht contremandirt werden."

Dieſe Argumentation nun halte ich für unrichtig. [13]) Die Verbindung des Einkaſſirungsmandats mit dem Zahlungsmandat, das Doppelmandat, welches in der (gewöhnlichen) Anweiſung liegt, kann die rechtliche Natur des Mandats überhaupt und jedes einzelnen der in Frage ſtehenden Mandate nicht ändern. Vor allem iſt ſchon die Behauptung unrichtig [14]) (Cropp § 25—27 Thöl I § 119 Nr. III), daß die Zurücknahme eines Einkaſſirungsmandates (mandatum accipiendi) in dem Falle unzuläſſig ſei, als dasſelbe dem Mandatar in rem suam ertheilt worden ſei, d. h. wenn er die Summe zu ſeinem eigenen Vortheile, um ſie zu behalten, z. B. um damit ſeine Forderung an den Aſſignanten zu tilgen, einkaſſiren ſoll. Keiner die-

13) Gegen die Anſicht Thöl's hat ſich auch ſchon Sintenis Das praktiſche gemeine Civilrecht II § 113 Note 72 mit ſehr triftigen Gründen ausgeſprochen.

14) Vgl. dagegen auch Puchta Vorleſ. II S. 189. 190.

ſer beiden Schriftſteller hat für dieſe Behauptung eine Stelle aus dem Corpus Juris beizubringen vermocht und keiner dürfte dieß im Stande ſein, da dieſelbe den Grundſätzen des römiſchen und heutigen Rechtes über die Widerruflichkeit des Mandats geradezu entgegen iſt.[15]) Wurde doch ſelbſt in jenen Fällen, wo Jemanden eine Forderung cedirt und ihm zu dieſem Behuf die Actio mandirt wurde, eine Erlöſchung des Mandats wie ſonſt durch Tod und Widerruf herbeigeführt,[16]) und gerade dieſer Umſtand bewirkt es, daß dem Ceſſionar eine actio utilis gegeben wurde,[17]) weil der Intention der Parteien gemäß dem Ceſſionar das Forderungsrecht[18]) abgetreten werden ſoll und es als unzuläſſig erſcheinen mußte, wenn das Mittel zur Geltendmachung desſelben (die Klage) von Zufälligkeiten und der Willkür des Cedenten abhängig blieb. Aber ganz abgeſehen davon, wie ſoll der Umſtand, daß Jemand dem A aufträgt, dem B 100 zu zahlen (mandatum ut solvat), und dem B aufträgt, vom A die 100 einzukaſſiren (mandatum ut accipiat), die Wirkung nach ſich ziehen, daß nunmehr der A als beauftragt erſcheinen ſoll, dem B nicht bloß zu zahlen, ſondern auch zu promittiren? Wenn Thöl bemerkt, daß der Aſſignatar ſeiner Verpflichtung, die Zahlung mit allem Fleiß zu bewirken, nicht beſſer nachkommen könne, als wenn er ſich die Zahlung verſprechen laſſe, ſo heißt dieß in

15) Übrigens hat auch ſchon Croyp nicht verkannt, daß „nicht in Folge des bloßen mandati in rem suam, ſondern nur in Folge einer damit verbundenen actio utilis dem procurator der Vorzug vor dem dominus ertheilt werde" § 27 Note 100.

16) l. 55 D. de proc. (3, 3) l. 1 C. de obl. et act. (4, 10); vgl. Windſcheid die Actio des röm. Civilrechts S. 122—124.

17) Über dieſe actio utilis vgl. nunmehr Windſcheid § 15.

18) Nicht bloß das Recht zur Geltendmachung der Forderung, wenn auch in rem suam, denn dieß iſt das bloße mandatum exigendi, welches auch noch h. z. T. vorkommt (vgl. Art. 17 der D. W. O.), nach den Mandatsgrundſätzen zu beurtheilen und daher jeden Augenblick widerruflich iſt.

der That nichts anderes, als daß der Aſſignatar ſein Mandat nicht beſſer erfüllen könne, als wenn er ſelbſt mandatswidrig handelt (denn er hat ja bloß das Mandat einzukaſſiren, das mandatum accipiendi, nicht das mandatum stipulandi erhalten) und den zweiten Mandatar gleichfalls dazu beſtimmt, mandatswidrig zu handeln, indem dieſer ja nur das Mandat zu zahlen, nicht aber das Mandat zu promittiren erhielt. Warum behauptet übrigens Thöl (§ 119) dasſelbe nicht beim bloßen Einkaſſirungsmandat? Wie ſoll der Umſtand, daß bei der (gemeinen) Aſſignation zum Einkaſſirungsmandat noch das Zahlungsmandat hinzukommt, jene Wirkung herbeizuführen im Stande ſein? Aus der Natur der (gemeinen) Anweiſungen folgt ſomit durchaus nicht, daß der Bezogene zu promittiren befugt ſei, und noch weniger, daß der Mandant, ſo lange Zahlung nicht geleiſtet wurde, zu contremandiren nicht befugt ſei.

Eine andere Motivirung, als bei den Anweiſungen, gibt Thöl bei den Tratten dafür, daß der Bezogene promittiren (acceptiren) dürfe. Er ſagt darüber § 299 Nr. 2: „Der Acceptant, welcher ausgeklagt hat zahlen müſſen, hat den vollſtändigen Deckungsanſpruch gegen den Traſſanten. Dieß würde anders ſein, wenn in dem Geben des Acceptes eine Mandatswidrigkeit läge. Dieß iſt aber nicht der Fall. Das Accept iſt zwar nicht im Auftrage, aber auch nicht gegen den Auftrag; es iſt eine den Traſſaten gegen den Traſſanten berechtigende Verpflichtung neben dem Auftrage. Der Traſſat iſt nemlich zu der Vorausſetzung berechtiget, daß das Accept dem Willen des Traſſanten nicht zuwider ſei, weil es dem Intereſſe desſelben nicht widerſtreitet. Das Intereſſe des Traſſanten an dem Accept oder Nichtaccept darf der Traſſat lediglich nach den durch den Wechſel begründeten Rechtsverhältniſſen bemeſſen und darf dafür die dem Begebungsvertrage unterliegenden Verhältniſſe unbeachtet laſſen.

Er darf daher das Accept geben ungeachtet der Möglichkeit, daß die Zahlung contremandirt werde. Denn dieſe Contreordre würde zur Nichtzahlung der Wechſelſumme und demzufolge zum Proteſt und Regreß gegen den Traſſanten führen." Der Traſſat ſoll alſo deßhalb zu acceptiren berechtiget ſein, weil er vorausſetzen darf, daß die Acceptation dem Willen des Traſſanten nicht zuwider ſei, daß es deſſen Intereſſe nicht widerſtreite. Daß dieſe Argumentation nicht richtig ſei, leuchtet von ſelbſt ein. Dem Intereſſe des Traſſanten wird vollſtändig damit genügt, wenn der Traſſat zahlt: zahlt dieſer, ſo iſt von einem Regreß gar keine Rede. Daß die Contreordre zur Nichtzahlung der Wechſelſumme und ſomit zum Regreß führen könne, iſt allerdings richtig, aber die Sorgfalt des Mandatars für einen möglichen Nachtheil ſeines Mandanten kann doch nicht ſoweit gehen, daß er dadurch zu Mandatswidrigkeiten berechtiget würde. Auch der Mandatar, dem Jemand aufgetragen hat, ſeinem (des Mandanten) Gläubiger 100 zu zahlen, könnte vorgeben, daß das Promittiren von 100 dem Willen des Mandanten nicht zuwider ſei und deſſen Intereſſe nicht widerſtreite; er könnte etwa, um das Contremandiren abzuſchneiden, gleichfalls promittiren wollen, da die Contreordre Nichtzahlung des Mandatars ſomit Rückgriff des Dritten auf den Mandanten zur Folge hätte..

Die Sache verhält ſich vielmehr, wie ich glaube, ſo. Sowohl bei kaufmänniſchen Anweiſungen als bei Tratten iſt ein doppeltes Mandat an den Bezogenen vorhanden, ein Zahlungsmandat (mandatum ut solvat) und zugleich ein Mandat zu promittiren (mandatum ut promittat). Der Bezogene wird in doppelter Beziehung dem Remittenten oder Aſſignatar delegirt, um zu zahlen (delegatus ut solveret l. 7 C. 8, 42) und um zu promittiren. Das Accept des Bezogenen iſt nicht bloß

nicht gegen den Auftrag, es ist nicht neben dem Auftrag, sondern es ist im Auftrage.[19]) Der Bezogene, der acceptirt, handelt daher nicht mandatswidrig, sondern vielmehr mandatsgemäß. Eine Contreordre nach geschehenem Accept, wodurch das Zahlungsmandat widerrufen wird, ist deßhalb wirkungslos, weil der Mandatar dem Dritten aus dem im Auftrage des Trassanten oder Assignanten gegebenen Versprechen bereits selbstständig zu zahlen verpflichtet ist, daher ihm auch aus der Erfüllung dieses Auftrags die actio mandati contraria auf Regreß zusteht. Die Frage, woher es denn zu entnehmen sei, daß bei kaufmännischen Anweisungen und bei Tratten, welche immer

19) Von diesem Standpunkt aus ist denn auch die Frage zu lösen, wie sich die rechtlichen Verhältnisse gestalten, wenn der Bezogene eine falsche Tratte acceptirt, d. h. eine Tratte, welche derjenige, den sie als Trassanten nennt, weder ausgestellt, noch gegeben hat (Thöl § 284). Da hier derjenige, der als Aussteller auf dem Wechsel erscheint, in der That den Auftrag zu promittiren nicht gegeben hat, so leistet der Acceptant ein Versprechen, wozu er wirklich nicht beauftragt ist, aber irrthümlich beauftragt zu sein glaubt. Der Acceptant wird daher durch das Accept und die Bezahlung von seiner Schuld gegen den Trassanten nicht frei (l. 34 § 4 D. de solut. 46, 3. Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur; l. 58 D. eod.), er hat aber, da der Fall eines indebite promissum vorhanden ist, gegen den klagenden Remittenten eine exceptio doli, so wie eine condictio indebiti auf Liberation (l. 58 D. cit. confestim posse condici procuratori l. 8 C. de cond. ind. 4, 5 Creditoris falso procuratori solventi adversus eum indebiti repetitio competit l. 5 § 1 D. de A. E. V. l. 31 D. de cond. indeb. 12, 6 l. 3 C. eod. tit. 4, 5), welche, wenn der Remittent den Wechsel weiter begeben hat, die Gestalt einer Forderung von Deckung annimmt, da der Acceptant den Indossataren gegenüber auch aus der falschen Tratte verpflichtet wird (l. 12 l. 13 D. de novat. 46, 2). Ich stimme daher im Resultat mit demjenigen, was Thöl § 285 sagt, überein und kann Thöl's Ansicht auch nicht durch dasjenige für widerlegt halten, was Jolly im Arch. f. Wechselr. II S. 179 fg. dagegen eingewendet hat. In der D. W. O. Art. 75 ist aber allerdings die hier verfochtene Ansicht verworfen worden (Conferenzprot. Sitz. 22. Liebe Einl. S. 203); der Acceptant der falschen Tratte wird hienach dem Remittenten, der nicht fraudis particeps ist, verhaftet und kann sich nur am Betrüger erholen.

nur dahin lauten, zahlen Sie an X, nebſt dem Zahlungsauftrag ein Auftrag zu promittiren enthalten ſei, daß alſo unter dem einen Auftrag ſich noch ein anderer berge, iſt in derſelben Weiſe zu löſen, wie die Frage, woher es zu entnehmen ſei, daß in der Begebung einer Tratte zugleich ein Wechſelverſprechen des Traſſanten liege, da doch ein ſolches aus dem wörtlichen Inhalt der Tratte, der nur einen Zahlungsauftrag ausweiſt, nicht erſchloſſen werden kann. Dort wie hier[20]) beruht die Interpretation[21]) des bloßen Zahlungsauftrages auf einem Ge-

20) Vgl. Thöl § 182 Nr. 3.

21) Man behauptet häufig, daß die mündliche Zuſicherung des Remittenten an den Ausſteller, er werde aus dem Wechſel von dieſem keinen Regreß fordern, unwirkſam ſei, weil mündliche Nebenabreden bei bindenden ſchriftlichen Erklärungen überhaupt unwirkſam ſeien (vgl. z. B. die Entſcheidungen mitgetheilt im Arch. f. Wechſelr. II S. 425. 426; vgl. auch daſ. Arch. II S. 29. 30). Allein ſo richtig der letztere Satz wenigſtens nach manchen Partikularrechten iſt (A. L. R. I 5 § 127. 128. Öſterr. Geſetzb. § 887), ſo unrichtig iſt deſſen Anwendung im vorliegenden Fall. In der Wechſelurkunde gibt der Traſſant das Verſprechen, Regreß zu leiſten, gar nicht; daß er regreßverpflichtet ſei, ergibt ſich nicht aus der „bindenden ſchriftlichen Willenserklärung," ſondern nur mittelſt gewohnheitsrechtlicher oder geſetzlicher Interpretation. Die rechtliche Möglichkeit, dieſe ſonſt ſtattfindende Interpretation durch mündlichen Vertrag auszuſchließen, die Anwendung jener Dispoſitivvorſchrift durch mündliche Abrede abzuwenden, kann wohl nicht bezweifelt werden und dem auf Regreß klagenden Remittenten ſtünde allerdings die (liquide) exceptio doli entgegen. Ebenſogut kann der Indoſſant durch mündliche Nebenabrede ſeinem unmittelbaren Nehmer gegenüber den Regreß ausſchließen; durch die Clauſel „ohne Obligo" lehnt der Indoſſant jede eigene Wechſelverpflichtung aus dem Indoſſament von ſich ab; durch die Clauſel „nicht an Ordre" geht der Indoſſant ſeinem Indoſſatar gegenüber eine Wechſelverpflichtung ein, nicht aber den Nachindoſſataren gegenüber (Art. 14. 15 D. W. O.); durch die mündliche Nebenabrede endlich ſchließt der Indoſſant nur ſeinem unmittelbaren Nehmer gegenüber die Wechſelverpflichtung aus, nicht aber gegenüber den Nachindoſſataren, daher denn in dieſem Fall eine Clauſel auf dem Wechſel überflüſſig iſt, während ſie in den beiden erſten Fällen deßhalb nöthig iſt, weil die Nachindoſſatare von der zwiſchen dem Indoſſanten und dem unmittelbaren Nehmer geſchloſſenen auch für ſie relevanten Abrede Kenntniß erhalten müſſen.

wohnheitsrecht und auf allen Wechſelordnungen und Geſetzen über kaufmänniſche Anweiſungen.[22]) Das Motiv zu dieſer gewohnheitsrechtlichen und geſetzlichen Interpretation des bloßen Zahlungsauftrages als eines gleichzeitigen Auftrages zu promittiren, iſt wohl nicht ſchwer zu finden. Es handelt ſich darum, dem Remittenten oder Aſſignatar die größtmögliche Sicherheit zu verſchaffen, ſowohl dem Traſſanten (Aſſignanten) als dem Traſſaten (Aſſignaten) gegenüber: es ſoll der Dritte geſichert werden gegen ein Contremandiren von Seiten des Traſſanten, welches ſowohl gegen ihn als gegen den Bezogenen ſtatthaben kann; es ſoll der Dritte geſichert werden gegen einen Widerruf, der von Seiten des Mandatars ſtattfinden kann. Zu dieſem Behufe will und ſoll ihm ein eigenes ſelbſtſtändiges Recht gegen den Bezogenen verſchafft werden, an den daher nicht bloß der Auftrag zu zahlen, ſondern auch der zu verſprechen ergeht. Der principielle Auftrag iſt jedenfalls der zu zahlen; nur um die Erfüllung dieſes Auftrages zu ſichern, wird auch der Auftrag zu acceptiren gegeben.[23]) Die kaufmän-

---

22) Auch bei kaufmänniſchen Anweiſungen kann es vorkommen und kommt es partikularrechtlich vor (z. B. A. L. R. II § 1299 fg. § 1303, baier. Geſ. über kaufm. Anweiſungen v. 29. Juni 1851 Art. 1. 3. 4), daß ein Regreß des Aſſignanten und der Indoſſanten wie bei den Wechſeln ſtattfindet; ob dieß aber als gemeinrechtlich zu betrachten ſei, iſt beſtritten (vgl. Günther R. L. I S. 334. Seuffert's Archiv V Nr. 280). Man kann daher aber auch den principiellen Unterſchied zwiſchen Tratten und kaufmänniſchen Anweiſungen nicht darin finden (wie Thöl I § 127 es thut), daß bei jenen nicht aber bei dieſen ein Regreß ſtattfinde, daß der Aſſignant nur berechtigt, der Traſſant nur verpflichtet ſei: denn auch bei kaufmänniſchen Anweiſungen kann ein Regreß ſtattfinden und umgekehrt kann bei Tratten die Regreßpflicht gänzlich hinwegfallen, z. B. bei Tratten an eigene Ordre, wenn der Ausſteller dem erſten Indoſſament die Clauſel „ohne Obligo" beifügt; Seuffert's Arch. X Nr. 204.

23) Daraus erklärt es ſich, daß Mangels Annahme nur ein Regreß auf

niſchen Anweiſungen ſind daher von der gemeinen Anweiſung principiell verſchieden. Bei den gemeinen Anweiſungen iſt ein einfaches Mandat an zwei Perſonen (Doppelmandat in perſönlicher Beziehung) zu zahlen und einzukaſſiren vorhanden; dieſes Mandat iſt immer widerruflich und der Aſſignatar erlangt dadurch kein ſelbſtſtändiges Recht gegen den Aſſignaten.[24]) Bei den kaufmänniſchen Anweiſungen iſt ein doppeltes Mandat vorhanden (Doppelmandat in perſönlicher und in ſachlicher Beziehung) einerſeits zu zahlen und zu promittiren, anderſeits einzukaſſiren und zu ſtipuliren. Iſt das Mandat zu ſtipuliren und zu promittiren erfüllt, ſo hat der Dritte ein eigenes ſelbſtſtändiges Recht erlangt, das Contremandiren wäre nun nach beiden Seiten hin ganz wirkungslos. Es iſt daher unrichtig, wenn man die Grundſätze von den kaufmänniſchen Anweiſungen[25]) auf die gemeinen Anweiſungen und umgekehrt die Grundſätze der gemeinen Anweiſungen auf die kaufmänniſchen Anweiſungen übertragen will.[26]) Nicht minder aber iſt es unrich-

---

Sicherſtellung, auf Cautionsleiſtung, nicht auf Bezahlung ſtattfindet; Thöl § 222. 223. D. W. O. Art. 25 fg. Liebe Einl. S. 115 fg. Die Auffaſſung, daß der Auftrag zu promittiren das Principale ſei und daß in ihm als Majus auch der Auftrag zu zahlen als das Minus ſtecke (eine Argumentation dieſer Art findet ſich in l. 47 D. de cond. indeb. 12, 6), iſt ſomit zu verwerfen.

24) Vgl. Puchta Pandekt. § 326 und Vorleſ. II S. 189. 190. Sintenis Das prakt. gem. Civilr. II S. 580—583. Günther im R. L. Art. Anweiſung I S. 327—333. Arndts Pandekt. § 295.

25) Dieß thut Thöl I § 123 (vgl. auch Mühlenbruch Ceſſion S. 226—229), indem er auch bei den gemeinen Anweiſungen ein Contremandiren der acceptirten Anweiſung für unzuläſſig hält. Das Acceptiren einer gemeinen Anweiſung, wohin z. B. auch der Creditbrief gehört (Thöl I § 114 Note 6), hat aber keinen andern Sinn, als daß der Aſſignat dem Aſſignatar erklärt, er ſei bereit, den Auftrag des Aſſignanten zu erfüllen; vgl. Cropp in der angef. Abh. S. 355.

26) So thut dieß Thöl I § 127, indem er auch bei kaufmänniſchen An-

tig, wenn man, wie dieß gewöhnlich geſchieht,[27]) die bei kaufmänniſchen Anweiſungen geltenden Sätze als Ausnahmen von der Regel für die gemeinen Anweiſungen aufſtellt, da die kaufmänniſchen Anweiſungen nicht eine modificirte Species der gemeinen Anweiſungen, ſondern eine dieſen coordinirte Art von Anweiſungen ſind.[28])

---

weiſungen den Aſſignatar, der durch das Accept zum ſelbſtſtändig Berechtigten, zum Gläubiger (Delegatar) wird, wie bei gemeinen Anweiſungen, bloß für verpflichtet hält und hiernach den Unterſchied zwiſchen kaufmänniſchen Anweiſungen und Tratten darin findet, daß der Aſſignatar Mandatar, der Wechſelnehmer Gläubiger ſei.

27) So z. B. Günther in der angef. Abh. S. 333 fg. Bender Wechſelr. II § 388. Koch Die Lehre vom Übergang der Forderungsrechte (1837) meint ſogar (S. 231) „ein innerer Grund kaufmänniſche Anweiſungen von gewöhnlichen zu unterſcheiden, ſei nicht vorhanden, beide könnten nach denſelben Regeln beurtheilt werden.“ — Mit Recht handelt das A. L. R. an verſchiedenen Orten von den gemeinen Anweiſungen (I 16 § 251 fg.) und von kaufmänniſchen Anweiſungen (II 8 § 1261 fg.); auch das öſterr. Geſetzb. (§ 1410) verweiſt die Lehre von den kaufmänniſchen Anweiſungen ins Handelsrecht.

28) Das charakteriſtiſche Kriterium der kaufmänniſchen Anweiſungen macht ſomit ebenſowenig als bei Wechſeln der Umſtand aus, daß ſie von Kaufleuten ausgeſtellt werden. Ob eine Anweiſung als gemeine oder kaufmänniſche Anweiſung zu betrachten ſei, iſt daraus zu entnehmen, ob in derſelben ausdrücklich die Clauſel „an Ordre“ enthalten iſt oder nicht; vgl. bair. Geſ. Art. 2. — Über kaufmänniſche Anweiſungen ſpricht ſich ein Plenarbeſchluß des Obertribunals zu Berlin vom 5. Sept. 1849 (Seuffert's Archiv III Nr. 322) ſehr treffend aus. — Der Umſtand, daß die deutſche W. O. die allgemeine Wechſelfähigkeit anerkennt (Art. 1), macht die kaufmänniſchen Anweiſungen (ſo wie die Handelsbillets), welche ſich von den Wechſeln höchſtens noch dadurch unterſcheiden, daß die Präſentation zur Annahme und der Regreß Mangels Annahme, ſowie die Perſonalhaft hinwegfallen, ziemlich überflüſſig und es ſind daher in Preußen in dem Einführungsgeſetz zur D. W. O. vom 15. Febr. 1850 § 9 die Beſtimmungen des A. L. R. II 8 §§ 1250—1404 über Handelsbillets und kaufmänniſche Anweiſungen aufgehoben worden; vgl. hierüber den belehrenden Aufſatz von Gelpke in ſeiner Zeitſchr. f. Handelsr. Heft 2 (1852) S. 77 fg.

§ 14.

Wie oben ausgeführt wurde, macht der Wille bei Wechſeln und kaufmänniſchen Anweiſungen von ſeiner Fähigkeit Gebrauch, das einfache obligatoriſche Verſprechen iſolirt von ſeiner Cauſa zu einer ſelbſtſtändigen Obligation zu erheben. Dieſe Fähigkeit des Willens iſt nicht auf jene zwei Fälle reſtringirt; der Wille kann ſich vielmehr überhaupt der Schrift zu dem gleichen Zweck bedienen. Das Bedürfniß des modernen Verkehrs, Obligationen zu haben, welche über den Kreis der urſprünglichen Conſtituenten hinauszureichen und an der allgemeinen Cirkulation der Vermögenswerthe gleich den Sachen und insbeſondere gleich dem Gelde Theil zu nehmen im Stande ſind, hat zu einer immer mehr um ſich greifenden Anwendung der Schrift zu jenem Zwecke geführt und ein Rechtsinſtitut entwickelt, welches auf dem Princip der Erhebung des einfachen iſolirten Verſprechens zu einer ſelbſtſtändigen Obligatio beruht. Dieß Rechtsinſtitut iſt das *Inſtitut der Ordre- und Inhaberpapiere*, von denen die Wechſel und kaufmänniſchen Anweiſungen nur eine beſondere Species bilden. Die Obligationen, welche aus dieſen Papieren entſpringen, gehören zu den *formellen Obligationen*, die Verträge ſelbſt ſind *formelle Verträge* und zwar ſowohl *negativ-formelle*, weil der Vertrag lediglich auf dem acceptirten einfachen obligatoriſchen Verſprechen beruht, als *poſitiv-formelle*, weil die Willensäußerung an eine beſtimmte Form, die Schrift, gebunden iſt. *Die Inhaber- und Ordrepapiere ſind ſonach als die Literalcontracte des modernen Rechts zu betrachten.* Die Schrift iſt hier nicht etwa wie ſonſt bloß der *Beweis* einer außerhalb der Schrift beſtehenden Obligation,[1])

1) cf. Gaj. III 131 — arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

ſie iſt vielmehr Entſtehungsgrund der Obligatio; derjenige, der das Inhaber- oder Ordrepapier ausgeſtellt hat, iſt lediglich aus dem Grunde verpflichtet, das darin Verſprochene zu leiſten, weil er ſchriftlich zu leiſten verſprochen hat (scriptura obligatur, literis obligatur). Bei den Inhaber- und Ordrepapieren iſt die Schrift der Ausdruck des juriſtiſchen Verpflichtungswillens, ſie iſt die Erſcheinungsform des von ſeiner Cauſa abſtrahirenden Leiſtungswillens[2]): die Urkunde beweiſt nicht bloß das abſtrakte Forderungsrecht, ſie begründet es vielmehr zugleich.[3])

Der Gattungsbegriff der Inhaber- und Ordrepapiere bringt ſich in ſehr mannigfaltigen Arten und Formen zur Erſcheinung. Was die Inhaberpapiere betrifft, von denen weiter unten die Rede ſein wird, ſo iſt man heutzutage ſchon eher bereit, die vielfachen Species und Varietäten derſelben anzuerkennen.[4]) Was jedoch die Ordrepapiere betrifft, ſo iſt man von der Anerkennung des großen Umfanges, in welchem dieſelben vorkommen, noch ziemlich weit entfernt. Höchſtens in den (kaufmänniſchen) Anweiſungen (vgl. Gerber § 158 a. E.) oder in dieſen und den Platz- und Handelsbillets will man etwas „Wechſelähnliches“ (Thöl § 274) erkennen, während dieſe Papiere doch bei weitem nicht den Kreis der Ordrepapiere erſchöpfen. Zu dieſen gehören vielmehr auch alle auf Namen lautenden Staatsobligationen, ſowie überhaupt alle auf Namen lautenden Partialobligationen. Man iſt

2) Man kann hier von den literis ſagen, faciunt obligationem, faciunt nomen; cf. Gaj. III 128. Inst. de liter. obl. (3, 21).

3) Wetzell Syſtem des ordentl. Civilproz. (1854) § 24 hat ſolche Urkunden, welche den Ausdruck einer rechtlichen Dispoſition bilden, paſſend dispoſitive Urkunden genannt; vgl. auch Bähr § 34.

4) Vgl. Thöl I § 54a. Gerber § 160 Note 1.

zwar insbeſondere ſeit Gönner's Ausführungen[5]) gewöhnt, die Schuldverſchreibungen des Staats über Darleihen, welche auf Namen lauten, als gewöhnliche Schulddokumente (ſ. g. Syſtem der gemeinen Anleihen) zu betrachten und höchſtens in der Form der Ceſſion (Umſchreibung in den öffentlichen Büchern, ſ. g. Syſtem der Inſcriptionen) etwas Beſonderes zu finden. Dieſe Auffaſſung halte ich für unrichtig. Sowenig die Staatsobligationen au porteur bloße Beweisurkunden über eine unabhängig davon beſtehende Forderung ſind, ſo wenig ſind es die Staatsobligationen auf Namen; der Umſtand, daß der Gläubiger auf dem Papiere bald benannt, bald nicht benannt iſt, kann an der rechtlichen Natur dieſer Papiere ſo wenig etwas ändern, als der Umſtand, daß ein Wechſel auf Ordre oder an den Inhaber geſtellt iſt, an der juriſtiſchen Natur des Wechſels etwas ändern kann. Der Staat, der für eine empfangene Geldſumme Obligationen auf Namen ausſtellt, gibt für das empfangene Geld ein abſtraktes Zahlungsverſprechen; er ſtellt für das empfangene Geld Obligationen d. h. abſtrakte Schuldverſchreibungen aus und der Übergang der Staatsobligationen auf Namen von einer Perſon auf die andere iſt nicht als Ceſſion, ſondern, wie ſpäter ausführlich gezeigt werden wird, als Delegation zu betrachten. Daraus erklärt es ſich auch, daß der Staat dem Inhaber der Obligation Einreden aus der Perſon der Vormänner entgegenzuſetzen nicht befugt iſt, und daß insbeſondere die exceptio legis Anastasianae nicht zur Anwendung kommt,[6]) weil die Übertragung dieſer Papiere eben gar nicht auf dem Wege

5) Von Staatsſchulden § 58 § 59 § 69; vgl. Bender in der angef. Schrift § 39 § 63. Schumm in der angef. Abh. § 8. Thöl I § 53.

6) Daß bei Staatsobligationen auf Namen die Einreden des „nicht empfangenen Geldes, des Zinſenwuchers, des Anatocismus und des anaſtaſiſchen Geſetzes" nicht ſtattfinden, wird mit Recht von Gönner Von Staatsſchul-

der Ceſſion, ſondern auf dem der Delegation bewerkſtelligt wird.

Es iſt bereits hervorgehoben worden, daß die Wechſel nur eine Species der Inhaber- und Ordrepapiere bilden. Es ſoll nunmehr gezeigt werden, worin die Specialität der Wechſel beſtehe, wodurch ſie ſich von den übrigen Ordre- und Inhaberpapieren[7]) als eine beſondere Klaſſe unterſcheiden.

Zunächſt unterſcheidet ſich der Wechſel, ſowohl der Ordre- als der Inhaberwechſel,[8]) von den übrigen Ordre- und Inhaberpapieren in poſitiv-formeller Hinſicht. Zwar iſt in beiden Fällen das abſtrakte Verſprechen ein ſchriftliches, allein beim Wechſel ſind einige Erforderniſſe poſitiv vorgeſchrieben, welche bei ſonſtiger Ungiltigkeit des Wechſels vorhanden ſein müſſen (vgl. Art. 4 Art. 96 der D. W. O.). Zu dieſen Erforderniſſen, welche in die Urkunde ſelbſt aufzunehmen ſind, gehört die Bezeichnung des Papiers als Wechſel (Art. 4 Nr. 1 Art. 96 Nr. 1 der D. W. O.). Dieſe Beſtimmung erklärt ſich daraus, daß es ohne dieſe Bezeichnung zweifelhaft bliebe, ob der Ausſteller auch wirklich einen Wechſel oder etwa ein anderes Ordre- oder In-

---

den § 62. Mühlenbruch Ceſſion S. 235. 236. 546. Puchta R. L. III S. 649 u. Andern behauptet (Thöl I § 53 Nr. 3 und Liebe in der Gieß. Zeitſchr. Bd. III S. 19. 20 behaupten freilich, daß bei Staatspapieren auf Namen das anaſtaſiſche Geſetz volle Anwendung leide); allein ſie vermögen nicht befriedigende Gründe dafür anzugeben, weil ſie einerſeits die Obligationen auf Namen für bloße Beweisurkunden halten, und andererſeits die Übertragung dieſer Obligationen als Ceſſion anſehen.

7) Es fehlt an einem techniſchen Geſammtausdruck für die Inhaber- und Ordrepapiere mit Ausſchluß des Wechſels; in der folgenden Darſtellung ſind unter Inhaber- und Ordrepapieren regelmäßig jene Papiere zu verſtehen, welche nicht Wechſel ſind.

8) Daß die allg. D. W. O. Inhaberwechſel nicht anerkennt, hat auf die folgende Betrachtung keinen Einfluß; übrigens kann jeder Ordrewechſel durch Blankoindoſſament (Art. 12. 13 D. W. O.) ſofort in einen Inhaberwechſel verwandelt werden.

haberpapier (z. B. einen Bon, ein Platzbillet, eine kaufmännische Anweisung[9]) u. ſ. f.) habe ausſtellen wollen.[10])

Der wichtigſte Unterſchied zwiſchen dem Wechſel und den übrigen Ordre- und Inhaberpapieren beſteht in Anſehung des Inhalts. Der Wechſel nemlich enthält immer das Verſprechen, eine Geldſumme zu geben; die Leiſtung dagegen, die in den übrigen Ordre- oder Inhaberpapieren verſprochen werden kann, kann von der verſchiedenſten Art ſein. Sie kann ſowohl in einem Geben (dare) als in einem Thun (facere) beſtehen. Was das Geben betrifft, ſo wird es regelmäßig eine Geldſumme ſein, deren Geben in dem Ordre- oder Inhaberpapier verſprochen wird.[11]) Das Verſprechen, eine beſtimmte Sache (species) zu geben, wird ſeltener vorkommen, weil dieſe Papiere zur Cirkulation beſtimmt ſind und ein Dritter oder Vierter wegen Unbekanntſchaft mit der verſprochenen Sache nicht leicht geneigt ſein wird, das Papier anzunehmen. Doch iſt es immerhin zuläſſig, daß die Obligation au porteur auf das Geben einer Sache gerichtet iſt, und kommt dieß in der That auch bei den ſ. g. Effecten-Lotterien vor. Dagegen ſind es gewiſſe auf die Gebrauchsgeſtattung einer Sache oder auf ein Thun von allgemein bekannter Qualität gerichtete Verſprechen, welche

9) Auch bei kaufmänniſchen Anweiſungen ſchreiben manche Geſetze (z. B. das baier. Geſetz Art. 1) zweckmäßig vor, daß die Bezeichnung „Anweiſung“ in die Urkunde aufgenommen werden müſſe.

10) Es ſcheint mir daher unrichtig, wenn Thöl § 270 I Nr. 2 behauptet: „fehlen könnte das Wort Wechſel; denn das Summenverſprechen eines Wechſelfähigen iſt als Wechſelverſprechen aufzufaſſen, weil es nur als ſolches gültig iſt.“ Das Summenverſprechen kann recht wohl auch als ſonſtiges abſtraktes Verſprechen gültig ſein, ſo z. B. nach Thöl's (I § 125 II § 274) Anſicht ſelbſt als Anweiſung, Handelsbillet u. ſ. f.; vgl. auch Liebe Einleit. S. 44.

11) So z. B. gehen die Staatsobligationen, die Bons, Handels- und Platzbillete, die kaufmänniſchen Anweiſungen, die (Privat-)Partialobligationen, die (Geld-)Lotterielooſe auf eine Geldſumme.

häufig den Inhalt eines Inhaberpapieres bilden; hierher gehören die zahlreichen Fälle von Theaterbillets, Concert-, Eisenbahn- und Dampfschifffahrtskarten, von Abonnementskarten zu Vollbädern, Schwitzbädern u. s. w. In allen diesen Fällen sind abstrakte schriftliche Versprechen einer Leistung vorhanden.

Endlich unterscheidet sich der Wechsel von den übrigen Ordre- und Inhaberpapieren noch in prozessualischer Beziehung, indem ein eigenes gerichtliches Verfahren zur Geltendmachung des Rechtes aus dem Wechsel besteht, die s. g. prozessualische Wechselstrenge, wozu insbesondere der Personalarrest (Wechselhaft) des Wechselverpflichteten gehört. [12]) Doch sind partikularrechtlich manche Ordre- und Inhaberpapiere in dieser prozessualischen Beziehung den Wechseln gleichgestellt.[13])

Daraus, daß der Wechsel und die übrigen Ordre- und Inhaberpapiere dieselbe rechtliche Natur haben, somit ihrem Wesen nach gleichartige Rechtsgeschäfte sind, erklärt es sich, wie man überhaupt dazu kommen kann, die Frage aufzuwerfen, ob ein Wechsel, der wegen Mangels gewisser Förmlichkeiten nicht als Wechsel behandelt werden kann, nicht doch als ein anderweitiges gültiges Rechtsgeschäft anzusehen und zu behandeln ist. Es ist bekannt, daß ein Rechtsgeschäft, welches von den Betheiligten beabsichtiget wurde, das aber wegen irgend eines Mangels nichtig ist, unter Umständen als ein anderes Rechtsgeschäft betrachtet und behandelt werden kann; es ist dieß die s. g. Conversion (conversio actus juridici) d. h. die Verwandlung eines ursprünglich beabsichtigten aber nichtigen Rechtsgeschäftes

12) Art. 2 D. W. O., vgl. Thöl § 149 § 304 fg.; so z. B. findet bei kaufmännischen Anweisungen nach dem baier. Gesetz Art. 6 der Personalarrest nicht statt.

13) Vgl. Thöl § 274; man drückt dieß gewöhnlich dahin aus, es werde der Forderung Wechselrecht, Wechselkraft beigelegt, z. B. A. L. R. II § 8 1252.

in das in demſelben liegende anderweitige gültige Geſchäft. Hiezu ſind zwei Umſtände erforderlich. Einmal, es müſſen alle Erforderniſſe zur Exiſtenz dieſes anderen Rechtsgeſchäftes vorhanden ſein. Dieß allein genügt aber nicht, ſondern es muß auch der Wille der Parteien eventuell auf dieſes andere Geſchäft gerichtet ſein. Iſt der Wille der Parteien auf das an ſich möglicherweiſe gültige Rechtsgeſchäft nicht gerichtet, ſo kann dieſes nicht gelten; in dieſem Falle kommt dann gar kein Rechtsgeſchäft zu Stande: nicht das gewollte, weil dieſes wegen eines Mangels nichtig iſt, nicht das an ſich gültige, weil dieſes nicht gewollt iſt. Die wichtigſte Frage iſt hier alſo die, woraus zu entnehmen ſei, ob der Wille der Parteien in eventum auf dieſes andere Rechtsgeſchäft gerichtet geweſen ſei oder nicht, und wer dieſe eventuelle Richtung des Willens zu beweiſen habe. Manche Schriftſteller (z. B. Wächter Handb. des würtemb. Privatr. Bd. II S. 672) nehmen an, daß in der Regel derjenige, der die Converſion für ſich in Anſpruch nehme, beweiſen müſſe, daß die Abſicht der Parteien eventuell auf dieſes letztere Geſchäft gerichtet geweſen ſei. Andere (z. B. Thöl § 152. 155) ſtellen den entgegengeſetzten Grundſatz auf und behaupten, daß im Zweifel anzunehmen ſei, der Wille der Parteien ſei eventuell auf das möglicherweiſe gültige Geſchäft gerichtet geweſen, ſo daß bis zum Gegenbeweiſe „das Gültige für das Gewollte zu nehmen ſei.“ In neueſter Zeit endlich hat Römer in einer tüchtigen Abhandlung (Zur Lehre von der Converſion der Rechtsgeſchäfte überhaupt und ihrer beſondern Anwendung auf das Wechſelverſprechen; im Archiv für civil. Prax. Bd. XXXVI [1853] Nr. IV) folgendes Princip aufgeſtellt (S. 79): „Wenn das gewollte Rechtsgeſchäft nicht gilt, es ſind aber die objektiven Erforderniſſe eines andern Rechtsgeſchäftes in der betreffenden Willenserklärung vorhanden, ſo iſt

es auch ohne den beſonders darauf gerichteten Willen der Parteien als dieſes Rechtsgeſchäft aufrecht zu erhalten, wofern im Weſentlichen dieſelbe Rechtsänderung, dieſelbe juriſtiſche Wirkung durch dieſes zweite Rechtsgeſchäft hervorgebracht wird." Ich halte dieſe letztere Anſicht[14]) für die richtige,[15]) jedoch mit folgender wichtigen, von Römer nicht berückſichtigten, Beſchränkung. Wenn es ſich um die Abſchließung eines obligatoriſchen Vertrages handelt und dieſer wegen eines Mangels nicht zu Stande kommt, ſo hat derjenige, der die Converſion für ſich in Anſpruch nimmt, zu beweiſen, daß der Wille der Parteien eventuell auf dieſes andere Geſchäft gerichtet geweſen ſei. Dieſe Regel, welche, wie mir ſcheint, als ein Ausfluß des Grundſatzes: Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debe-

14) Dieſes Princip hat im Grunde ſchon Böcking Pandekt. I § 119 § q ausgeſprochen. Die Anſicht Thöl's, daß im Zweifel das Gültige für gewollt zu halten ſei, wird durch viele Quellenſtellen z. B. l. 1 § 4 D. de pecun. constit. (13, 5) l. 1 § 2 D. de V. O. (45, 1) l. 9 D. de spons. (23, 1) l. 1 D. de codic. (29, 7) aufs Beſtimmteſte widerlegt; vgl. dagegen auch Römer in ſeiner Abhandl. § 2. Von Thöl's Standpunkt aus bleibt es unbegreiflich, warum es einer ausdrücklichen Erklärung (Codicillarclauſel) bedarf, damit das ungültige Teſtament als Codicill aufrecht erhalten werde.

15) Daraus erklärt es ſich, daß eine inutilis acceptilatio doch als wirkſames pactum conventum aufrecht erhalten wird (l. 5 pr. D. de rescind. vend. 18, 5 l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. de acceptil. 46, 4), weil angenommen wird, der Wille der Parteien ſei jedenfalls auf Liberation gerichtet geweſen, ſie hätten dieſen Zweck gewollt und nur ein unpaſſendes Mittel gewählt; hier muß dann derjenige, der behauptet, daß der Wille in der That nur auf Acceptilation, nur auf dieſes Rechtsgeſchäft gerichtet geweſen ſei, dieß beweiſen (l. 8 pr. cit. An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur; et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum; — über die Lesart dieſer Stelle vgl. Römer S. 83). Aus demſelben Princip erklärt ſich ferner die l. 3 D. de testam. mil. (29, 1); vgl. Römer S. 85 fg. Daß die Codicillarclauſel ausdrücklich hinzugefügt werden muß, ſteht mit jenem Princip nicht nur nicht im Widerſpruch, ſondern erklärt ſich vielmehr aus demſelben, weil, wie ſchon Böcking a. a. O. Note 36 bemerkt hat, durch Teſtament eine Univerſal- durch Codicill eine Singularſucceſſion, ſomit zwei ganz verſchiedene Rechtsverhältniſſe, begründet werden.

mus, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberando ex diverso ut facilior sis ad liberandum l. 47 D. de O. et A. zu betrachten iſt, iſt ganz beſtimmt in der l. 1 § 2 D. de V. O. (45, 1) ausgeſprochen: Si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra si sine verbis adnuisset. Non tantum autem non civiliter, sed nec naturaliter obligatur qui ita adnuit, et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fidejussorem. [16]) Hiernach hat derjenige Wechſelnehmer, der die Gültigkeit des zweiten Geſchäfts, alſo die Converſion für ſich in Anſpruch nimmt, zu beweiſen, daß der Wille der Parteien eventuell auf dieſes anderweitige in dem eigentlich beabſichtigten Rechtsgeſchäfte liegende Geſchäft gerichtet geweſen ſei. Gelingt ihm dieſer Beweis, ſo iſt das Verſprechen zwar nicht als Wechſelverſprechen, wohl aber als ein ſonſtiges abſtraktes Schriftverſprechen (z. B. als kaufmänniſche Anweiſung) zu betrachten; es iſt zwar kein Wechſelvertrag wohl aber ein anderweitiger formeller Vertrag vorhanden: der Wechſelausſteller, reſpective Acceptant, iſt dann wie der Ausſteller eines ſonſtigen Inhaber- oder Ordrepapieres

16) Dieſe Beſtimmung vermag Römer S. 84. 85 nicht befriedigend zu erklären. Er meint, die verborum obligatio inutilis könne deßhalb nicht ohne weiteres als pactum nudum aufrecht erhalten werden, weil die verborum obligatio als Entſtehungsgrund anders wirke, als das nudum pactum. Dieß iſt allerdings inſofern richtig, als aus dem einen Vertrag eine klagbare, aus dem andern eine klagloſe Obligation entſteht; aber dennoch iſt es eine Obligatio, die in beiden Fällen hervorgebracht wird und man kann daher nicht mit Römer ſagen, es werde in beiden Fällen „ein durchweg verſchiedenes Rechtsverhältniß erzeugt.“ Wenn ſich Römer zur Unterſtützung dieſer ſeiner Behauptung auf die l. 1 § 4 D. de constit. pec. (13, 5) beruft, ſo ſcheint mir dieß ebenſo unhaltbar zu ſein; denn dieſe Stelle erklärt ſich nicht daraus, daß in dem einen Fall ein nudum pactum, im andern eine verborum obligatio vorhanden iſt, ſondern vielmehr daraus, daß constituere und promittere zwei ganz verſchiedene Rechtsgeſchäfte ſind; vgl. Gneiſt Formelle Verträge S. 147.

zu betrachten. Mißlingt dieſer Beweis, ſo iſt es juriſtiſch ſo anzuſehen, als wäre ein Wechſelverſprechen gar nicht gegeben worden.[17]) Als Schuldſchein d. h. als Beweismittel aber kann ein ungültiger Wechſel, oder überhaupt ein ungültiges Ordre- oder Inhaberpapier nur dann benützt werden,[18]) wenn das Papier zugleich das Bekenntniß des Empfanges der Vorleiſtung enthält.[19])

§ 15.

Die Ausſtellung eines Ordre- oder Inhaberpapiers iſt den bisherigen Ausführungen zufolge nichts anderes als die Übertragung eines abſtrakten Forderungsrechts, als die sua vi ac potestate wirkende Conſtituirung eines Nomen. Fragt man nach dem Rechtsgrund dieſer Übertragung, nach der juriſtiſchen Veranlaſſung dieſer Conſtituirung, ſo kann dieſe ebenſo mannigfaltig ſein, als es die Cauſa bei Vermögenszuwendungen[1]) überhaupt ſein kann.[2]) Es kann vorkommen, daß ein Ordre-

---

17) Wurde Etwas für die Ausſtellung des Papiers (z. B. des Wechſels) gegeben, ſo kann dieß mit der condictio causa data causa non secuta zurückgefordert werden; wurde ein Darleihen gegeben, und dafür das abſtrakte ungültige Verſprechen gemacht, ſo iſt das Geſchäft als Darleihen zu betrachten, l. 9 § 4—7 D. de R. C.

18) Vgl. Thöl a. a. O. Römer § 4. Savigny Obl. R. II S. 127. 247.

19) Als ein ſolches kann jedoch die Formel: „Werth erhalten, Valuta erhalten, noch durchaus nicht angeſehen werden“ vgl. Römer § 4. Seuffert VIII Nr. 81.

1) Als Vermögenszuwendung (id quod ad alium pervenit) erſcheint bekanntlich nicht bloß das datum, ſondern ebenſo das promissum; vgl. Gneiſt S. 193 fg.

2) Über das Verhältniß der causa im Allgemeinen und über die Arten derſelben herrſcht bekanntlich Verſchiedenheit der Anſichten; während manche Schriftſteller wie z. B. Unterholzner Verjährungslehre I § 108. Liebe Stipulation § 7. Erläuterungen zur W. O. S. XXVII fg. S. 218 fg. und

oder Inhaberpapier donandi causa ausgeſtellt wird,[3]) um dem Nehmer desſelben einen Vermögensvortheil zu verſchaffen; ſo z. B. kann ein Theaterdirektor Jemanden ein Theaterbillet ſchenken, oder man kann Jemanden einen eigenen Wechſel ſchenkungsweiſe ausſtellen. Die Ausſtellung des Papiers kann solvendi causa vorgenommen werden, um eine beſtehende Schuld hiemit zu tilgen;[4]) ſie kann dotis constituendae, conditionis implendae gratia geſchehen u. ſ. w.

Insbeſondere aber kommt es häufig vor, daß der Nehmer des Papiers Geld gibt, um dafür als Gegenleiſtung das abſtrakte Forderungsrecht zu erhalten; hier ſtellt ſich dann die Vorleiſtung (das Geben des Geldes) als ein dare ob causam dar. Dieß iſt der Fall bei jenen oben angegebenen Inhaberpapieren, welche auf Gebrauchsgeſtattung oder auf ein facere gerichtet ſind; hier gibt man Geld hin, um dafür die Obligatio zu erhalten. Wenn Jemand z. B. bei der Kaſſe auf einer Eiſenbahnſtation ein Billet löſt, um befördert zu werden, ſo iſt dieſes Geſchäft nicht etwa eine locatio conductio operarum, ſondern für das gegebene Geld leiſtet die Unternehmung das abſtrakte Verſprechen, den Inhaber des Billets zu befördern. Es liegt alſo

---

Gneiſt S. 116 fg. die causae auf die Trichotomie donare, solvere, credere zurückführen wollen, gehen Andere, wie Exxleben Die condictiones sine causa I (1850) S. 33 fg. II (1853) § 6. Windſcheid Die Lehre des röm. Rechts von der Vorausſetzung (1850) S. 89 fg. Arndts Pandekt. 2. Aufl. § 233 u. Bähr § 9 fg. mit Recht weiter: auf dieſe Materie näher einzugehen iſt jedoch hier nicht der Ort.

3) Über die Schenkung durch Literalcontract im älteren röm. Recht ſ. Savigny Vermiſchte Schriften I S. 253, Syſtem IV S. 119.

4) Die Frage, ob in der Ausſtellung eines Inhaber- oder Ordrepapiers, insbeſondere in der Begebung eines Wechſels regelmäßig eine Novation der beſtehenden Schuld liege, wird weiter unten (§ 24) ausführlich behandelt werden.

nicht ein einfaches Geſchäft nemlich ein materieller (Conſenſual-)Contract vor, ſondern es löſt ſich das Geſchäft in zwei abſtrakte Vermögenszuwendungen auf, in das Geben von Geld, und in das Gewähren eines Forderungsrechtes. Dieß iſt auch der Grund, weßhalb hier zuerſt bezahlt, und dann erſt geleiſtet wird,[5]) während dort wo wirklich eine locatio conductio operarum vorliegt, regelmäßig zuerſt der Dienſt geleiſtet werden muß und dann erſt der Geldlohn gezahlt wird.[6]) In gleicher Weiſe iſt das Verhältniß auch dann aufzufaſſen, wenn eine Perſon, ſei es eine juriſtiſche (z. B. der Staat) oder eine phyſiſche, ein Gelddarleihen aufnehmen will und über das empfangene Darlehen nicht eine gewöhnliche als Beweismittel dienende Schuldurkunde, ſondern eine Obligation (auf Namen, an Ordre oder) au porteur ausſtellt. Hier verliert die Hingabe des Geldes die Funktion eine Darlehensobligation zu begründen, die Geldzahlung erſcheint juriſtiſch nicht mehr als Darleihen, ſondern als Zahlung auf die Obligation (an Ordre oder) au porteur. Die Hingabe des Geldes erfolgt nicht credendi causa um eine Darlehensobligation zu begründen, ſondern ob causam als Gegenleiſtung für die Conſtituirung des Nomen[7]) (Ausſtellung der Obligation), und umgekehrt wird für Geld, gegen Geld die Obligation ausgeſtellt d. h. das abſtrakte Schuldverſprechen gegeben: es wird Geld gegen Nomen,

---

5) Bei Eiſenbahnen, Dampfſchiffen u. ſ. f. wird zuerſt das Billet gelöſt d. h. für Geld das Recht auf die Leiſtung erworben und dann erſt geleiſtet d. h. das abſtrakte Verſprechen erfüllt. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandektenrecht (1840) S. 321 ſieht in dieſem Geſchäft eine gewöhnliche Dienſtmiethe, und meint, es ſei Folge einer ausdrücklichen Verabredung (?) unter den Parteien, daß der Reiſende vorausbezahlen müſſe.

6) arg. l. 30 § 3 l. 36 l. 51 § 1 D. loc. et cond. (19, 2).

7) numeratur pro obligatione cf. l. 1 C. Theod. si certum petat.

Nomen gegen Geld umgetauſcht. Es verhält ſich in dieſer Beziehung bei der ganzen Gattung der Ordre- und Inhaberpapiere gerade ſo wie bei der Species, den Wechſeln, wenn der Darleiher ſich für die hingegebene Summe Geldes einen Wechſel ausſtellen läßt: auch hier iſt das gegebene Geld nicht als Darleihen, ſondern als Zahlung auf den Wechſel zu betrachten.[8]) In dieſen Fällen ſteht es ſomit genau ſo, wie nach römiſchem Recht, wenn ſich der Darleiher bei der Hingabe des Geldes in continenti die Rückzahlung desſelben im Wege der Stipulation verſprechen läßt.[9]) Auch hier entſtehen nicht zwei Obligationen, Darleihensobligation und Obligation aus der Stipulation, ſondern es iſt nur ein Vertrag vorhanden (unus contractus est l. 6 § 1 D. de novat. 46, 2), es iſt nur eine Obligation und zwar durch die Stipulation entſtanden, welche „die materielle Darlehensobligatio in ihrer Entſtehung abſorbirt hat.“ l. 126 § 2 D. de V. O. (45, 1) — nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. l. 7 D. de novat. — sola stipulatio tenet et magis stipulationis implendae gratia numeratio intelligenda est fieri. Die Gleichheit der Behandlung dieſer Fälle im römiſchen und heutigen Rechte aber erklärt ſich eben daraus, daß auch bei der Stipulatio als einem Formalcontract von der Cauſa ganz abſtrahirt werden konnte.

---

8) Vgl. Liebe Einleit. und Erläuter. zur D. W. O. S. 220 Note 1, ferner die Entſcheidung des O. G. zu Wolfenbüttel v. 28. Jänner 1854 — in Seuffert's Archiv VIII Nr. 79; ſ. auch Seuffert's Archiv IX Nr. 207 a. E.

9) Vgl. hierüber Savigny Obl. R. II S. 204. Liebe Stipulat. § 31. Bähr § 15; der Anſicht Bähr's S. 57, daß „der Satz des claſſiſchen Rechts id agitur ut sola stipulatio teneat zu Juſtinian's Zeiten ſeine praktiſche Bedeutung verloren haben möge,“ kann ich nicht beiſtimmen, da er in den Pandekten überall als geltendes Recht erſcheint.

§ 16.

Bevor in der Unterſuchung weiter fortgeſchritten wird, ſoll darüber noch Rechenſchaft gegeben werden, ob ſich die Auffaſſung der Papiere auf den Inhaber als Literalcontracte des modernen Rechts, und die principielle Gleichſtellung derſelben mit dem Wechſel nicht ſchon bei anderen Schriftſtellern findet.

Von dieſer Auffaſſung geht im Grunde ſchon Einert in ſeiner im § 1 dieſer Schrift angeführten Abhandlung: Über das Weſen und die Form des Literalcontracts S. 77—91 aus.[1]) Einert meint (S. 81), daß, „was die wiſſenſchaftliche Bedeutſamkeit anlange, der römiſche Literalcontract der Erfindung des Papiers au porteur den Weg gebahnt habe.“ „Der Ausſteller übernimmt eine Zahlungsverbindlichkeit ohne alle Beziehung auf einen ihm vorſchwebenden, tiefer liegenden Grund dieſer Verbindlichkeit, ohne Hindeutung auf ein vorhergegangenes Geſchäftsverhältniß. Das hatte man ſchon erkannt, als man in Rom durch Erfindung des neuen Literalcontracts ein Papier zum Gebrauche als Zahlmittel herzuſtellen beabſichtigte. Dahin war die Sache ſchon gebracht, da mit dem debere se scripsit[2]) die Zahlungsverbindlichkeit geſchaffen wurde. Damit daß die Forderung lediglich mit dieſer Scriptur begann, war für die künftige Begebung der Forderung allerdings ſoviel hergeſtellt, daß jeder, dem die Übertragung angeboten ward, zur vollſtändigſten Überſicht gelangte, daß die Schuld richtig begründet ſei und daß die Veritât der Forderung auf eine die

1) Eine ſcharfe Kritik der Anſicht Einert's über das Weſen und die Form des Literalcontracts zur Zeit Juſtinian's hat Fick in der Heidelb. krit. Zeitſchr. I S. 479 fg. geliefert.

2) Einert bezieht ſich auf Gaj. III § 134, von welcher Stelle bereits früher die Rede war; vgl. hierüber auch Fick S. 488.

Erinnerung an alle früheren Geſchäftsverhältniſſe beſeitigende Weiſe durch Novation gewährt ſei" (S. 87). Einert iſt daher auch der Anſicht, daß wenn der Staat ein Gelddarleihen aufnimmt, und dafür Schuldſcheine au porteur ausſtellt, „an die Stelle des gemeinen Schuldſcheines im Intereſſe der Darleiher die Form der au porteur geſtellten Scheine eintrete, womit das Gedächtniß des urſprünglichen Darlehenscontractes erlöſchen ſolle" (S. 79. 80). Einert bleibt aber bei dieſer Auffaſſung nicht ſtehen, er geht über ſie hinaus, indem er ſie für unzureichend hält, um die Erſcheinungen zu erklären, welche ſich bei dieſen Papieren darbieten. Er meint, „daß wir bei den Papieren au porteur keineswegs an bloße Form zu denken haben, ſondern daß wir wirklich eine neue in der römiſchen Rechtslehre unbekannte Gattung von Geſchäften vor uns ſehen" (S. 81); „es ſtehe wiſſenſchaftlich entſchieden feſt, daß wir es bei den Papieren au porteur mit einer bloßen Formſache gar nicht zu thun haben, ſondern daß alle Verbindlichkeiten, die von den Ausſtellern und Vertretern der au porteur geſtellten Papiere übernommen werden, ihren eigenthümlichen Charakter haben, am allerwenigſten aber bei deren Beurtheilung diejenigen Grundſätze anzuwenden ſeien, nach denen wir das Weſen und den Zuſtand der auf Contract und Convention beſtehenden Verpflichtungen zu bemeſſen durch die Rechtslehre der Römer angewieſen ſeien" (S. 86). Einert gibt ſomit den richtigen Ausgangspunkt auf, um an deſſen Stelle zu ſeiner bereits im § 1 dieſer Schrift beſprochenen Grundanſicht zu gelangen, daß die modernen Handelspapiere, Wechſel und Inhaberpapiere, Papiergeld ſeien.

Bähr ſpricht in ſeiner öfter erwähnten Schrift „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" nirgends ex professo über die Inhaberpapiere; aber die Bemerkungen, welche er § 68 und

insbeſondere § 58 Note 8 macht, laſſen mit voller Beſtimmtheit erkennen, daß er wie im Wechſel ſo in den Inhaberpapieren formelle Verträge ſieht.[3]) Dieſe Auffaſſung gewinnt jedoch deßhalb bei Bähr keine beſondere Bedeutung, weil er einerſeits den Begriff der negativ-formellen Verträge in einem ſehr weiten Umfang nimmt (vgl. § 12 dieſer Schrift) und weil er anderſeits auch in der Ausſtellung eines einfachen Schuldſcheins die Conſtituirung eines Nomen, eine acceſſoriſche Promiſſio ſehen will (§ 58—66). In dieſen Punkten kann ich jedoch Bähr's Anſicht ebenſowenig beiſtimmen, als ſeiner Behauptung, daß in der Zahlung einer Nichtſchuld eine ächte Anerkennung der angeblich exiſtirenden Schuld liege oder ſeiner Anſicht über die Aſſimilation der Stipulationsurkunde mit dem einfachen Schuldſcheine (§ 36) und über die Exiſtenz eines Literalcontracts im chirographum (§ 37).[4])

---

3) Bähr meint nemlich (§ 43), daß der ſ. g. Recognitivvertrag (vgl. Savigny VII S. 11 und die Ausführungen bei Riſch Die Lehre vom Vergleich S. 42. 178 fg.) auch in Geſtalt eines Wechſels oder einer Obligation au porteur abgeſchloſſen werden könne, worin ihm vollkommen beizuſtimmen iſt.

4) In dieſen Punkten hat ſich gegen Bähr auch Dernburg in der angef. Recenſion ausgeſprochen, der S. 498 fg. auch bereits den m. A. nach allein richtigen Grund angegeben hat, welcher die Nothwendigkeit des Vorhandenſeins eines entſchuldbaren Irrthums bei der condictio indebiti zu erklären und vollkommen zu rechtfertigen im Stande iſt, daß nemlich Demjenigen, der einen groben Irrthum vorgibt, in ſeiner Behauptung geirrt zu haben kein Glauben geſchenkt wird (error improbabilis), er daher ſo zu betrachten iſt, als habe er donandi causa gezahlt, l. 53 D. de R. J.; ferner Arndts in der angef. Recenſion S. 224 fg., deſſen Ausführungen ich vollkommen beiſtimme und worauf ich hier verweiſe. Nur Folgendes hervorzuheben ſei noch geſtattet. Wenn in der That in der Ausſtellung eines einfachen Schuldſcheins immer ein neuer Formalvertrag, eine „moderne Stipulation" liegt, warum abſorbirt hier nicht die Stipulation die materielle Obligation in ihrem Entſtehen, wenn der einfache Schuldſchein ſofort z. B. bei dem Empfang der Darleihensſumme ausgeſtellt wird? Bähr (§ 59 Note 3)

Endlich gehört hieher noch Kuntze: Die Obligation und die Singularſucceſſion des römiſchen und heutigen Rechts. (1856) § 62. 63. Dieſer Schriftſteller hat ſich zwar bisher noch nicht ausführlich ausgeſprochen, aber die „allgemeinen Andeutungen," die er am angeführten Ort gibt, und deren ausführlichere Begründung er einer Monographie vorbehalten hat, laſſen darüber keinen Zweifel übrig, daß er über das Weſen der Ordre- und Inhaberpapiere derſelben Anſicht iſt, welche in der vorliegenden Schrift darzuſtellen und zu begründen verſucht worden iſt. Auch Kuntze ſtellt Papiere auf den Inhaber ihrem civiliſtiſchen Weſen nach dem Wechſel gleich; auch er findet, daß „beide Rechtserſcheinungen ſich auf demſelben Gebiete bewegen, welchem die römiſche Stipulation angehört; an die Stelle der alten Stipulationsformel iſt der ſchriftliche Ausſtellungsvertrag getreten, welcher als ein Formalvertrag ſich darſtellt"; „die Obligation erhält ihren Charakter lediglich aus der Urkunde; was dem urkundlichen Text fremd iſt, liegt außerhalb des Bereiches der Obligation" (S. 256). Kuntze ſpricht von „einem materiellen Indifferentismus des ſchriftlichen Formalvertrags, von der Entbehrlichkeit und Ausgeſchiedenheit jeder ſpeciellen causa;" und behauptet mit Recht, daß es „gegen den Geiſt des Inſtituts der Papiere au porteur ſei, ihnen einen

---

hilft ſich damit, daß er meint, „der Satz id agitur ut sola stipulatio teneat entſpreche bei den Schuldurkunden nicht mehr unſerer Rechtsauffaſſung, ſo wie er auch wahrſcheinlich ſchon zu Juſtinian's Zeiten nicht mehr gegolten habe." Was nun die letztere Behauptung betrifft, ſo iſt ſie, wie ſchon früher bemerkt wurde (vorherg. § Note 9), in hohem Grade problematiſch; warum gilt aber bei Wechſeln, wie dieß Bähr ſelbſt zugibt (§ 15 Note 3), noch immer der Satz id agitur ut sola stipulatio teneat und warum nicht bei einfachen Schuldſcheinen? Der Grund liegt wohl einfach darin, daß der Wechſel in der That ein neuer formeller Vertrag, der einfache Schuldſchein aber regelmäßig bloß ein Beweisdokument iſt.

ſpeciellen Vertragsgrund aufzudrängen, ſie gleichſam an einem ſolchen feſt zu nageln." Dagegen iſt es wohl nicht zu billigen, wenn Kuntze ſagt, „die Entbehrlichkeit oder Ausgeſchiedenheit von der ſpeciellen causa ſei eine natürliche Conſequenz der freien Begebbarkeit der Papiere," da dieſe „Entbehrlichkeit und Ausgeſchiedenheit" doch umgekehrt die Vorausſetzung der freien Begebbarkeit dieſer Papiere iſt, welche dieſelbe erſt ermöglicht.

§ 17.

Die Obligationen au porteur gehen aus einem Literalcontracte hervor. Mit wem wird dieſer Vertrag geſchloſſen?

Nach der Anſicht einiger Schriftſteller iſt das Papier auf den Inhaber gleich dem Wechſel „ein von dem Ausſteller mit dem Publikum beabſichtigtes Geſchäft." Bei den Wechſeln wie bei den Papieren au porteur „geht der Ausſteller ein Geſchäft mit dem Publikum ein; er leiſtet ein Verſprechen, welches ihn nicht einer einzelnen beſtimmten Perſon, ſondern allen zukünftigen Inhabern des Papiers verbindet; es ſind rechtliche Verbindlichkeiten, bei deren Begründung an die Individualität eines Berechtigten nicht nur nicht gedacht, ſondern wo in der Form ſogar deutlich erklärt iſt, daß man einer beſtimmten Perſon gar nicht habe verbindlich werden wollen."[1]) Nach Gengler's Anſicht (vgl. § 3 dieſer Schrift) iſt hier „ein mit einem unbekannten Kreiſe von Perſonen eingegangenes obligatoriſches Verhältniß" vorhanden. In gleicher Weiſe ſagen die Motive des Braunſchweigiſchen Entwurfs einer Wechſelordnung,[2]) daß „der Ausſteller des Inhaberpapiers dem ganzen Publikum ge-

1) Einert Der Literalcontract u. ſ. w. S. 78; vgl. Einert Das Wechſelrecht S. 134.

2) Liebe Einleitung und Erläuter. zur D. W. O. S. 46.

genüber ein Einlöſungsverſprechen leiſte; der Ausgeber ſtehe nur dem ganzen Publikum gegenüber, deſſen Recht ſich zugleich in der Perſon desjenigen äußere, welcher das Papier zur Einlöſung präſentire." In neueſter Zeit endlich hat Jolly[3]) die Behauptung aufgeſtellt, daß „bei den Inhaberpapieren von Anfang an nicht mit einem beſtimmten individuellen Subjekt contrahirt werde," ſondern daß es ſich „um die Begründung eines Forderungsrechts zu Gunſten eines unbeſtimmten Perſonenkreiſes handle." Allein wie ſoll man ſich dieß juriſtiſch vorſtellen?[4]) Wenn das Verſprechen dem Publikum oder einem unbekannten Kreiſe von Perſonen geleiſtet wird, wer acceptirt dieſes Verſprechen? Iſt das Publikum oder der unbekannte Kreis der Promiſſar? Hat daher das Publikum die Klage gegen den Ausſteller, wenn dieſer dem Inhaber des Papiers nicht zahlt, oder vertritt der Inhaber das Publikum, und iſt ſeine Klage etwa wie ein actio popularis anzuſehen?[5]) Wenn Jolly (S. 386) meint, daß die Begründung einer Obligatio durch Vertrag in der Art möglich ſei, „daß der Schuldner ſich einem beliebigen Rechtsſubjekt verpflichte, deſſen Individualität erſt noch in dieſer oder jener Weiſe beſtimmt werden ſolle, wobei ſich von ſelbſt verſtehe, daß zunächſt irgend ein beſtimmtes Individuum, das aber nur als Vertreter des eigentlich zu berechtigenden Rechtsſubjekts in abstracto zu denken ſei, durch Annahme des Verſprechens die Obligatio zum Abſchluß bringen müſſe," ſo entſteht ſofort die Frage, ob der erſte Nehmer des Papiers oder der

3) Von dem Indoſſamente, im Archiv für Wechſelr. Bd. IV Nr. XIV § 2. 3.

4) Vgl. gegen dieſe Anſicht auch Thöl § 247 Note 4.

5) Etwa in der Art, wie bei der actio popularis derjenige unter den zur Klage Concurrirenden den Vorzug hatte, der ein eigenes Intereſſe dabei verfolgt; l. 3 § 1 D. de popul. act. (47, 23); vgl. das Beiſpiel aus dem engliſchen Recht, welches Keller Civilproz. § 92 Note 1156 gibt.

Remittent in einer acceptirten Tratte kein eigenes Recht erlange und nur „als Vertreter des eigentlich zu berechtigenden Rechtssubjekts in abstracto“ zu betrachten sei? Jolly scheint dieß in der That zu meinen, denn er sagt (S. 388), „mit dem ersten Nehmer werde nicht als mit einer individuell bestimmten Person contrahirt, sondern als mit einem Rechtssubjekt überhaupt, dessen Individualisirung dem weiteren Verlauf der Dinge überlassen werde.“ Also hat der erste Nehmer des Papiers kein eigenes Recht? kann er z. B. auf die Wechselforderung nicht verzichten? muß er giriren? Ist die Übertragung der Forderung von einem Indossatar auf den andern, von einem Inhaber auf den andern, etwa so zu erklären, daß der jeweilige Überträger in dem Moment der Übertragung wieder nur als „Vertreter des eigentlich zu berechtigenden Rechtssubjekts in abstracto“ erscheint? Oder ist etwa die ganze Reihenfolge der Inhaber des Papiers resp. der Indossatare als Einheit betrachtet das Rechtssubjekt? Es ist klar, daß mit dieser Auffassung zu einer befriedigenden juristischen Construktion nicht zu gelangen ist. [6])

Nach der Ansicht Savigny's (vgl. § 8 dieser Schrift) haben wir es hier mit einem Versprechen an eine incerta persona zu thun. Der Aussteller verspricht dem „Inhaber des Papieres“ zu zahlen; dieß ist eine allgemeine Qualität, nicht eine individuelle Bezeichnung; wer immer also als Inhaber des

6) Auf dasjenige, was Jolly S. 386. 388 zur Unterstützung seiner Ansicht über das Verhältniß des römischen und heutigen Obligationenrechts sagt, will ich hier nicht näher eingehen. Nur das Eine soll noch hervorgehoben werden, daß Jolly S. 386 bei dem Lob „einer größeren Zweckmäßigkeit der Vorschrift mancher modernen Gesetzgebungen über den Irrthum in der Person vor der Entscheidung des röm. Rechts“ übersehen hat, daß auch nach gemeinem Recht der Irrthum in der Person dann irrelevant ist, wenn die Person dessen, mit dem man contrahirt, gleichgültig ist; vgl. Savigny System III S. 271. 272. Arndts Pandekt. § 239 Nr. 1. Wächter Handb. des würtemb. Privatr. II S. 746.

Papiers zu betrachten iſt, dem iſt das Verſprechen geleiſtet.[7]) In derſelben Weiſe faßt Gerber dieß Geſchäft auf, indem er ſagt, „der Schuldner verpflichte ſich nicht einem beſtimmten Individuum gegenüber, er überlaſſe die Nennung des Gläubigers dem Lauf des Papiers.“[8]) Allein auch dieſe Auffaſſung iſt, wie mir ſcheint, nicht richtig. Ganz abgeſehen davon, daß in der angegebenen Weiſe die Frage: wer denn eigentlich der Forderungsberechtigte ſei, noch gar nicht definitiv beantwortet iſt, indem nunmehr die weitere und, wie ich glaube, von dieſem Standpunkte aus unlösbare Frage entſteht, wer denn unter Inhaber verſtanden werde, der Eigenthümer oder der Beſitzer des Papieres, iſt man wohl erſt dann berechtigt, einen ſolchen Ausweg zu ergreifen, und den an ſich anomalen Vertrag cum incerta persona zu ſtatuiren, wenn keine andere befriedigende Erklärung übrigbleibt. Die Annahme eines Vertrags mit einer unbeſtimmten Perſon reicht aber nicht einmal aus, um die vorliegenden Verhältniſſe zu conſtruiren: denn wo ein Vertrag cum incerta persona wirklich vorliegt, da kommt der Vertrag mit jener Perſon, in der ſich die fragliche Eigenſchaft findet, zu Stande und bleibt mit ihr beſtehen: hier aber ſollen ſo viele Verträge zu Stande kommen als es ſucceſſive Inhaber des Papieres gibt; die eigentliche Frage wie man ſich den Übergang der Forderung zu denken habe, iſt alſo hiemit noch nicht gelöſt.[9]) Übrigens widerſpricht auch, wie ich glaube,

7) Savigny ſtellt die Inhaberpapiere unter die Kategorie „Verträge mit unbeſtimmten Perſonen“ (Obl. R. II § 61 fg.) und handelt unter dieſer Überſchrift ſowohl von Auslobungen als von den Inhaberpapieren.

8) Dieſe Anſicht hat zuerſt Stahl Rechtsphiloſ. Bd. II (3. Aufl.) S. 409 Note * ausgeſprochen, indem er die Inhaberpapiere als „ein Inſtitut von publiciſtiſchem Charakter“ (?) bezeichnet.

9) Dieſen Unterſchied hat ſchon Walter § 258 Note 1, wie ich glaube, ſehr mit Recht hervorgehoben.

dieſe Annahme der Abſicht der Parteien, und kehrt das natürliche Verhältniß geradezu um.[10]) Wenn Jemand zu einer Kaſſe geht, wo Theaterbillets oder Eiſenbahnen- und Dampfſchifffahrtskarten ausgegeben werden und ſich dort für ſeine Perſon ein Billet löſt, ſo iſt ſeine Intention zunächſt darauf gerichtet, daß er die Vorſtellung ſehe, oder daß er befördert werde. Eben ſo iſt es, wenn Jemand ein Darleihen macht, und ſich dafür einen Schuldſchein au porteur ausſtellen läßt; hier hat er die Abſicht, daß ihm eine Gegenleiſtung verſprochen werde, er gibt ſein Geld hin, um dafür das ihm gemachte ſchriftliche Verſprechen zu erhalten, nicht aber um einen Zuſtand herbeizuführen, an den in allgemeiner Weiſe die Gläubigerſchaft angeknüpft werden könne. Der Geber des Geldes für die Obligation au porteur will zunächſt für ſeine Perſon Gläubiger werden und nur die Möglichkeit haben, ſein Forderungsrecht auf einen Anderen zu übertragen. Dieſe Abſicht ſpricht ſich auch recht deutlich in der früher beliebten Formel aus: „an A und jeden Inhaber.“[11]) Die Auffaſſung der Obligationen au porteur als Verträge cum incerta persona kehrt dieſes Verhältniß geradezu um. Hienach iſt nicht der Geber des Geldes Gläubiger, ſondern jeder, der das Papier inne hat; daß derjenige, welcher die Obligation au porteur ſich ausſtellen ließ, ebenfalls Gläubiger ſei, iſt nur Folge des rein äußerlichen Umſtandes, daß er eben das Papier hat.

Dieſe Betrachtung führt auf folgende Auffaſſung. Die Ausſtellung einer Obligation au porteur iſt ein formeller Ver-

---

10) Vgl. Renaud S. 328. 329.

11) Vgl. Renaud in der § 5 dieſer Schrift beſprochenen Abhandl. § 1. Über die Bedeutung der Formel „an A und an den Inhaber“ oder „an A und an den getreuen Inhaber“ herrſcht freilich Verſchiedenheit der Anſichten; vgl. Savigny S. 101—103.

trag, der zwiſchen dem Ausſteller des Papiers und dem Empfänger desſelben, zwiſchen Geber und Nehmer abgeſchloſſen wird.[12]) So wenig wie beim Wechſel iſt bei der Obligation au porteur oder dem Ordrepapier überhaupt „ein einſeitiges Verſprechen in die Luft vorhanden," ſondern ein Contract zwiſchen zwei beſtimmten Perſonen, von denen die Eine ein abſtractes Verſprechen macht, die Andere es annimmt.

Es iſt hervorgehoben worden, daß der Literalcontract, aus welchem die Obligationen an Ordre und au porteur hervorgehen, zwiſchen dem Ausſteller und Empfänger des Papiers geſchloſſen werde. Damit ſollte zugleich ausgedrückt werden, daß der Literalcontract zwiſchen Schuldner und Gläubiger durch das Geben und Nehmen des Papiers zu Stande komme. Dieſen Vertrag, welcher in dem formloſen Geben und Nehmen des Papiers beſteht, nennt man gewöhnlich Begebungsvertrag. Die rechtliche Natur dieſes Vertrags bedarf einer näheren Betrachtung. Zu jedem Vertrag iſt Übereinſtimmung der Willen erforderlich; auch bei den Literalcontracten begründet daher die Schrift für ſich allein noch nicht die Obligation, ſondern es iſt Acceptation des ſchriftlichen Verſprechens nöthig. Wenn alſo Jemand z. B. ein Ordrepapier ausſtellt, ohne ſich mit Demjenigen, auf deſſen Namen es lautet, vereinbart zu haben und das Papier gelangt ohne Willen und Wiſſen des Ausſtellers in die Hände der darin benannten Perſon, z. B. das Papier wird geſtohlen oder es fliegt vom Fenſterbrett herab, ſo erlangt jene Perſon kein Recht daraus, weil es an der Übereinſtimmung der Willen, ſomit am Vertrag fehlt. Die Acceptation eines Verſprechens kann regelmäßig ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend, — im vorhinein oder nachträglich ſtatt-

12) Dieſer Anſicht iſt auch Kuntze Die Obligation u. ſ. w. S. 258.

finden. In jenen Fällen aber, wo die Schrift die Form iſt, in welcher der Vertrag geſchloſſen werden muß, da kann der Vertrag nur durch Geben und Nehmen der Schrift zu Stande kommen.[13]) Die ſelbſt mit Vorwiſſen oder in der Gegenwart des Promiſſars geſchehene ſchriftliche Ausfertigung des Verſprechens genügt nicht; ſo lange dem Promiſſar die Urkunde nicht übergeben wurde, kann der Promittent noch immer zurücktreten, wenn er nicht etwa aus andern Gründen ſchon zur Ausſtellung des Papiers verpflichtet iſt. Dieſe Regel iſt lediglich ein Ausfluß der Beſtimmung, daß die Schrift die Form iſt, in welcher ſich der Wille äußern muß; ſie gilt daher ſowohl bei den ſchriftlichen materiellen Verträgen als bei den Literalcontracten. Wenn daher in einem Lande wie z. B. in Öſterreich (Geſetzb. § 943) die Schriftlichkeit des Schenkungsverſprechens die geſetzlich vorgeſchriebene Bedingung der Klagbarkeit des Forderungsrechts iſt, ſo erlangt der Promiſſar erſt durch die Übergabe der Schenkungsurkunde das klagbare Forderungsrecht: hätte der Promittent mündlich die Ausſtellung einer Schenkungsurkunde verſprochen, ſo könnte er dennoch zur Ausfertigung derſelben nicht genöthigt werden und ſtürbe er etwa vom Schlag gerührt in dem Augenblick, wo er in Gegenwart eines Promiſſars ſeine Namensunterſchrift unter die Urkunde geſetzt hat, ſo erlangte dieſer dennoch kein Klagrecht. Daß auch bei Wechſeln ein Geben und Nehmen des Wechſels ſtattfinden müſſe, wird

13) Vgl. Liebe Erläuterung. S. 95. 96. — Beim römiſchen Literalcontract kam der ſchriftliche Vertrag bekanntlich in ganz eigenthümlicher Weiſe durch die Eintragung (expensilatio) in die Hausbücher (codices accepti et expensi) zu Stande (vgl. Savigny Verm. Schrift. I S. 209—223) und es war daher ſelbſt die Gegenwart des Schuldners (Gaj. III 138) nicht aber etwa auch deſſen Einwilligung (Savigny S. 231. 232) überflüſſig.

allgemein anerkannt; [14]) es ist aber ebenso bei Ordre- und Inhaberpapieren überhaupt, weil der s. g. Begebungsvertrag eben nichts anderes ist, als eine durch das Erforderniß der Schrift bedingte Form der Acceptation des Versprechens.

§ 18.

Die nächste Frage geht nunmehr dahin, was denn bei diesen Obligationen der Zusatz „an den Inhaber" (au porteur) bedeute? Diese Frage findet ihre Lösung zugleich mit der Lösung der wichtigen und entscheidenden Frage, auf welchem Princip der Verkehr der Ordre- und Inhaberpapiere beruhe, wie man sich den Übergang des Forderungsrechtes von dem Einen auf den Andern civilistisch zu denken habe.

Zunächst könnte man geneigt sein, eine Cession anzunehmen und den Übergang des abstracten Forderungsrechts aus einer Hand in die andere durch Annahme einer Cession zu erklären. Allein mag man in der Cession eine Singularsuccession sehen oder nicht, immer treten hier alle bereits früher hervorgehobenen Schwierigkeiten hervor: der klagende Cessionar müßte

---

14) Vgl. Thöl § 180. § 202. § 212. § 234. Renaud Wechselr. § 37. § 52. — Es ist jedoch bekanntlich sehr bestritten, ob der Bezogene schon durch das Eintragen des Accepts in die Wechselurkunde oder erst durch Auslieferung des Accepts an den Inhaber verpflichtet werde, ob also der Acceptationsvertrag schon durch das Schreiben des Accepts oder erst durch das Geben desselben perfekt werde (vgl. für die letztere Ansicht Thöl § 202. § 204 Note 1; für die erstere Liebe S. 96, Renaud § 36, Lutteroth im Archiv für Wechselr. II S. 241 fg.). Ich halte die letztere Ansicht für die richtige, da der Umstand, daß der Acceptant seine Erklärung auf eine schon vorhandene Urkunde setzt, statt selbst eine eigene Urkunde auszustellen, an den Grundsätzen von der Perfektion schriftlicher Verträge nichts ändern kann; die erstere Ansicht scheint jedoch in die D. W. O. Art. 21 aufgenommen worden zu sein, vgl. Lutteroth a. a. O. S. 244. Brauer Wechselr. S. 77.

alle in der Mitte gelegenen Ceſſionen nachweiſen, und wollte man ihn auch davon befreien und durch den Beſitz des Papieres als legitimirt anſehen, ſo müßte er ſich doch alle Einreden aus der Perſon ſeiner Vormänner gefallen laſſen. Wenn die Übertragung der Ordre- und Inhaberpapiere in der That nur als Ceſſion anzuſehen wäre, ſo bliebe es unerklärlich, wie der Ausſteller eines Wechſels durch die Clauſel „nicht an Ordre" die Cirkulation dieſer Papiere verhindern könne, da ja das Recht zu cediren dem Gläubiger nicht erſt durch beſondere Geſtattung des Schuldners verliehen wird und die Ceſſion auch gegen den Willen des Schuldners ſtattfinden kann.[1])

Eine andere Auffaſſung könnte dahin gehen, in dem Inhaberpapier eine Verkörperung der Obligatio, eine Art Realrecht zu ſehen. Man würde dieſe Anſicht etwa dahin formuliren können, daß ein abſtractes Forderungsrecht begründet und dergeſtalt an das Papier geknüpft worden ſei, daß der jeweilige Eigenthümer des Papieres auch „Eigenthümer der Forderung" d. h. richtiger geſprochen Forderungsberechtigter ſei. Dieſe Anſicht würde ſich am meiſten der von Savigny (vgl. § 8 dieſer Schrift) ausgeſprochenen nähern und alle Vorzüge derſelben enthalten. Dennoch halte ich dieſe Anſicht für innerlich unmöglich. Um ſie für civiliſtiſch möglich zu halten, müßte man nemlich erſt eine Lostrennung oder Emancipation der Forderung von der Obligatio annehmen und die in neueſter Zeit mit großem Scharfſinne vorgetragenen Sätze[2]) für richtig halten können, „daß die Obligatio einerſeits, die Forderung und die Schuld anderſeits ebenſoſehr verſchieden als identiſch ſeien; daß

1) l. 1 C. de novat. (8, 42) — nominis autem venditio et ignorante vel invito eo adversus quem actiones mandantur contrahi solet.

2) Delbrück Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußiſchem Recht (1853) S. 10 fg.

die Obligatio ein lebendiges Verhältniß zwiſchen Perſonen, Forderung und Schuld der feſte ſachliche Niederſchlag desſelben ſeien; daß Obligatio das ſubjektive Verhalten, Forderung und Schuld das objektive Verhalten desſelben Begriffs ausdrücken; daß die Obligation in der Erzeugung von Forderung und Schuld zu Grunde gehe, daß Forderungen und Schulden vorgeſtellte Sachen[3]) ſeien."[4])

Das Princip, auf welchem der Verkehr mit Ordre- und Inhaberpapieren beruht, iſt die Novation, und zwar die ſ. g. novatio qualificata mit Wechſel der Perſon des Gläubigers, die Delegation. Zur Delegation iſt vor Allem Einwilligung des Schuldners erforderlich.[5]) Damit die Forderung wirklich übertragen werde, damit das obligatoriſche Verhältniß zwiſchen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner zu Stande komme, muß ferner zwiſchen dieſen beiden Perſonen der novirende Vertrag geſchloſſen werden. So lange dieſer Vertrag nicht geſchloſſen worden iſt, exiſtirt die Delegation als Novation noch nicht: es iſt bloß der allſeitige Wille vorhanden, daß ſie zu Stande komme. Zur Realiſirung dieſer Abſicht iſt erforderlich, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger dasjenige verſpreche, was den Inhalt der zu novirenden Obligation bildet;

3) Von dieſem Standpunkt aus, daß Forderungen und Schulden „Werthe, vorgeſtellte Sachen" ſeien (S. 14), ſieht Delbrück (S. 5. 6) in den Ordre- und Inhaberpapieren Waaren und meint (S. 14. 15), daß die Beſonderheit der Inhaberpapiere darin beſtehe, daß „Schulden ohne Obligatio entſtehen, indem ſie bloß durch den Willen des Schuldners, der ſelbſt der erſte Inhaber iſt, geſchaffen werden."

4) Gegen dieſe Auffaſſung haben ſich mit Recht ſeither alle Schriftſteller ausgeſprochen; ſo Windſcheid in der krit. Überſchau I S. 36 fg. Wangerow Bd. III S. 116. Kuntze Die Obligation § 25. 26. und in der neueſten Zeit Esmarch in der allg. öſterr. Gerichtszeit. (1856) Nr. 141. 142.

5) l. 6 C. de nov. (8, 42) — nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest. l. 1 C. eod.

mit andern Worten, zur Delegation iſt nicht bloß die Einwilligung, ſondern die Mitwirkung des Schuldners erforderlich. Dieſe Mitwirkung vollzog ſich im römiſchen Rechte in einer neuen Stipulation zwiſchen dem Delegatar und dem Delegaten.[6]) Hiebei kamen natürlich die Grundſätze dieſer Vertragsform zur Anwendung, wonach die beiden Parteien perſönlich anweſend,[7]) in mündlicher Rede und Gegenrede ihren Vertragswillen äußern mußten, und insbeſondere jede Stellvertretung ausgeſchloſſen war.[8])

Auf demſelben Grundſatz nun beruht die Cirkulation der Ordre- und Inhaberpapiere, nur daß an die Stelle der mündlichen Vertragsform (verborum obligatio) die ſchriftliche (literarum obligatio) tritt. Hienach geſtaltet ſich das Verhältniß folgendermaßen. Wenn A dem B ein Ordre- oder Inhaberpapier ausſtellt, ſo liegt darin ein doppeltes Verſprechen; einmal das abſtracte Verſprechen, dem B zu leiſten, zugleich aber auch das Verſprechen, daß der Schuldner mit der von B zu bezeichnenden Perſon den novirenden Vertrag abſchließen werde, durch welchen die Delegation zu Stande kommt. Darüber daß

---

6) l. 1 C. de nov. (8, 42) Delegatio debiti nisi consentiente et stipulante promittente debitore jure perfici non potest. l. 11 § 1 D. h. t. § 3 I. quib. mod. obl. (3, 30) Gaj. III 176.

7) § 12 I. de stipul. inut. (3, 19) l. 3 C. eod. tit. (8, 39). Über die Nachtheile dieſer Form der Stipulation für den Handelsverkehr vgl. Savigny Obl. R. II S. 222. Späterhin wurde freilich die Erleichterung gewährt, daß eine ſchriftliche Urkunde über eine vollzogene Stipulation (Stipulationsurkunde) die Vermuthung begründen ſollte, daß die Form der Stipulation gehörig beobachtet worden ſei (§ 17 I. de V. O. 3, 15 l. 30 l. 134 § 2 D. de V. O. l. 14 C. de contr. et comm. stipul. 8, 38); vgl. Savigny S. 207. Bähr § 35.

8) l. 11 D. de O. et A. l. 38 § 17 D. de V. O. l. 53 D. de A. R. D.; hierüber herrſcht bekanntlich keine Meinungsverſchiedenheit vgl. Savigny Obl. R. § 56. Syſtem III § 113. Buchka Die Lehre von der Stellvertretung (1852) § 1.

ein Verſprechen der letzteren Art gültig ſei, kann wohl kein Zweifel ſein, es ſteht mit den Principien der Vertragslehre in vollkommenem Einklang.[9]) Schließt nun A mit der von B bezeichneten Perſon, dem Delegatar C, in ſchriftlicher Weiſe den novirenden Vertrag ab, ſo enthält auch dieſer Vertrag wieder, da es ſich um ein zur Cirkulation beſtimmtes Forderungsrecht handelt, nebſt dem abſtrakten Leiſtungsverſprechen auch noch das Verſprechen in ſich, mit der von C zu bezeichnenden Perſon den novirenden Vertrag abzuſchließen. Auf dieſe Weiſe löſt ſich der ganze Vorgang in eine Reihe von aufeinander folgenden Delegationen auf, wobei der Schuldner mit dem jedesmaligen Delegatar einen neuen Literalcontract abſchließt. Ein hiſtoriſches Zeugniß für die Richtigkeit dieſer Auffaſſung liegt darin, daß es vor dem Gebrauch der jetzt üblichen Indoſſamente vorkam, daß man ſtatt des Indoſſaments einen neuen Wechſel ausſtellte, ſo daß ſtatt mehrmaliger Indoſſirungen mehrere Wechſel vorlagen, deren erſten der Traſſant, deren zweiten der Remittent u. ſ. w. ausgeſtellt hatte.[10]) Hier waren alſo ſo viele Papiere als Delegationen vorhanden.[11])

---

9) arg. § 20 I. de inut. stip. (3, 19) l. 38 § 20—23 D. de V. O. l. 3 C. de inut. stip. (8, 39); vgl. Savigny Obl. R. II S. 80. Bangerow III S. 309. In gleicher Weiſe kann ſich auch der Schuldner von einem Dritten wirkſam verſprechen laſſen, daß dieſer für ihn expromittiren werde; ebenſo kann der Traſſat durch ein dem Traſſanten gegebenes Verſprechen zur Acceptation verpflichtet ſein; vgl. Gerber Syſtem § 211 Note 7. Seuffert's Archiv III Nr. 361.

10) Vgl. Thöl in der zweiten Vorrede zur 2. Aufl. des II. Bandes ſeines Handelsrechts. Liebe Erläuter. S. 68. Man iſt daher ſchon ſeit langer Zeit her (vgl. Biener Abh. S. 88. 126 fg.) gewöhnt, in dem Indoſſament die Ausſtellung einer neuen an die alte Tratte ſich anſchließenden Tratte zu ſehen.

11) Dieſes Princip kommt auch h. z. T. noch in manchen Fällen zur Anwendung; ſo z. B. dort, wo Staatsobligationen auf Namen lauten und zur Übertragung derſelben Umſchreibung im öffentlichen Buch (Tranſcription)

Es mußte jedoch bald in mannigfacher Beziehung läſtig und unbequem erſcheinen, daß der Schuldner, der ein Ordrepapier ausgeſtellt hatte, mit jeder Perſon, auf welche die Forderung übertragen werden wollte, einen neuen ſchriftlichen Vertrag abſchließen ſollte. Wie leicht konnte es geſchehen, daß der Schuldner, dem das alte Papier überſchickt wurde, um ein neues auszuſtellen, nicht aufzufinden war. Oder der Schuldner weigerte ſich böswilliger Weiſe ſeinem Verſprechen gemäß den novirenden Vertrag abzuſchließen; ſollte hier erſt der delegirende Gläubiger oder in ſeinem Namen der Delegatar gegen den Schuldner klagen? War hiermit nicht die Tendenz dieſer Papiere, Objekte raſcher Cirkulation zu ſein, vereitelt?

Soll die Abſicht der Parteien, ſoll dasjenige, was ſie mit der Ausſtellung von Ordre- oder Inhaberpapieren bezwecken, vollſtändig erreicht werden, ſo muß eine fernere jedesmalige Mitwirkung des Schuldners überflüſſig werden, die Übertragung der Forderung von einem Gläubiger auf den andern muß durch die Thätigkeit dieſer beiden Parteien allein zu Stande gebracht werden. Wie iſt dieß aber möglich, da doch die Übertragung einer Forderung auf dem Princip der Delegation beruhen ſoll und zur Delegation Mitwirkung des Schuldners erforderlich iſt? Das Mittel zu dieſer freien Behandlung bietet die Stellvertretung. Den Grundſätzen der Stellvertretung zufolge[12]) iſt es nicht nothwendig,

---

erforderlich iſt; ebenſo dort, wo die auf beſtimmten Namen lautende Obligation gegen eine auf anderen Namen lautende umgetauſcht wird; in dieſen Fällen wird der novirende Vertrag unmittelbar zwiſchen dem Delegaten und dem Delegatar geſchloſſen.

12) Die h. z. T. ſo vielfach beſprochene Frage (vgl. Scheurl in der krit. Überſchau I Nr. XIV b) ob bei obligatoriſchen Verträgen eine ſ. g. freie unmittelbare Stellvertretung zuläſſig ſei, hat für die Löſung der uns hier beſchäftigenden Frage kein direktes Intereſſe, da auch jene Schriftſteller, welche nur eine ſ. g. mittelbare Stellvertretung anerkennen, annehmen, daß

daß der in die Delegation einwilligende Schuldner den novirenden Vertrag ſelbſt abſchließe, er kann dieß durch einen Stellvertreter thun: dieſer Stellvertreter iſt der jedesmalige Delegant. In der Ausſtellung eines Ordre- und Inhaberpapiers liegt ſomit ein Dreifaches: ein abſtraktes Leiſtungsverſprechen an den Nehmer des Papiers; das ſich fortpflanzende Verſprechen, dem vom jeweiligen Gläubiger bezeichneten Delegatar zu promittiren; endlich die Ertheilung einer ſich fortpflanzenden Vollmacht im Namen des Schuldners mit dem Dritten den novirenden Vertrag abzuſchließen. In der Übertragung eines Ordre- oder Inhaberpapiers auf einen Dritten liegt ein Doppeltes: die Erklärung der Einwilligung des Deleganten in die Delegation und zugleich der Abſchluß des die Delegation perfi-cirenden novirenden Vertrags durch den Deleganten im Namen des Delegaten. Auf dieſe Art wird dasjenige, was die Parteien mit ſolchen Papieren beabſichtigen, vollkommen erreicht. Der Übergang des Forderungsrechtes von einer Perſon auf die andere wird hier eben ſo leicht bewerkſtelligt, wie etwa der Übergang des Eigenthumsrechtes. Es bleibt der Grundſatz beſtehen: ſo viele Übertragungen, ſo viele Obligationen; aber an die Stelle des Satzes: ſo viele Delegationen, ſo viele Papiere, tritt der Grundſatz: Viele Delegationen, Ein Papier. Daher gibt es heutzutage nicht mehr ſo viel Wechſel als Indoſſamente, ſondern trotz vieler Indoſſamente doch nur Einen Wechſel, und bei dem Inhaberpapiere verſteht es ſich von ſelbſt, daß es nur Ein Papier iſt, welches cirkulirt.

---

im heutigen Recht nicht gegen den Stellvertreter, ſondern nur gegen den Principal geklagt werden könne; vgl. Puchta Vorleſ. II S. 125. Thöl I § 26. Wangerow III S. 516 in Verbindung mit S. 313 fg. Ich trage übrigens kein Bedenken, im heutigen Recht das Princip der freien Stellvertretung auch bei der Eingehung von Verträgen anzuerkennen.

Man kann die Ertheilung der Vollmacht, einen verpflichtenden Vertrag im Namen eines Andern abzuſchließen, auch als Einwilligung in den von dieſem Stellvertreter abzuſchließenden Vertrag, gleichſam als eine vorläufige Genehmigung im Gegenſatze der nachträglichen Genehmigung (Ratihabition; cf. l. 12 i. f. D. 46, 3) darſtellen. Inſofern kann man das uns hier beſchäftigende Verhältniß auch ſo auffaſſen, daß der Ausſteller des Papieres im vorhinein ſeine Einwilligung in alle künftigen Delegationen der Forderung gibt.[13]) Die Ausſtellung eines Ordre- oder Inhaberpapieres reſp. die Acceptation einer Tratte enthält hienach eine im vorhinein erklärte Genehmigung aller künftigen Delegationen der Forderung. Daß dieß die Bedeutung der Ausſtellung eines Papieres an den Inhaber ſei, darüber kann kein Zweifel obwalten; dieß iſt es gerade, was die meiſten Schriftſteller, jedoch ohne tiefer in die Sache einzugehen, zunächſt hervorheben, um dieſe Papiere zu charakteriſiren. Bei den Wechſeln wird dieſe Genehmigung aller künftigen Überweiſungen der Forderung durch das Wort „Ordre“[14]) ausgedrückt; ja dieſe Einwilligung iſt bei den modernen Handelspapieren ſo ſehr zu einer ſich von ſelbſt verſtehenden geworden,[15]) daß auf dem

13) Ich gebrauche hier abſichtlich den Ausdruck Delegation der Forderung (vgl. l. 1 C. de nov. delegatio debiti l. 11 C. de donat. delegatio nominis l. 9 D. 19, 5) weil der Ausdruck „Übertragung der Forderung“ zweideutig iſt; man gebraucht nemlich dieſen Ausdruck, um den Übergang der Forderung ſowohl im Weg der Ceſſion, als im Weg der Delegation (vgl. Thöl I § 128 Nr. 2) zu bezeichnen.

14) Über die Wirkung des Wortes Ordre vgl. Thöl § 239, deſſen Conſtruktion mir jedoch ungenügend ſcheint, da aus derſelben nicht hervorgeht, wie es juriſtiſch möglich ſei, daß der Acceptant (oder der Wechſelſchuldner überhaupt) nach Willkür, durch die Formel „an Ordre,“ ein ſonſt doch ganz unzuläſſiges Verſprechen an unbeſtimmte dritte Perſonen mit Erfolg leiſten könne; vgl. dagegen auch Jolly im Archiv f. Wechſelr. Bd. IV S. 377. 379.

15) Vgl. hierüber Biener Abh. S. 87.

Wechsel ausdrücklich die Clausel „nicht an Ordre" stehen muß, um denselben zu einem unbegebbaren zu machen.[16])

Bei den meisten Ordrepapieren (z. B. bei Staatspapieren auf Namen) insbesondere bei den Ordrewechseln kommt die Delegation in schriftlicher Weise zu Stande. Der bisherige Gläubiger bezeichnet auf dem Papier diejenige Person, auf welche das Forderungsrecht im Wege der Delegation übergehen soll;[17]) da nun der Delegant den Delegaten repräsentirt, so kommt mit diesem schriftlichen Akt und dem sich daran anschließenden Geben und Nehmen der Tratte[18]) die Delegation selbst zu Stande. Der Indossant hört gänzlich auf Gläubiger zu sein, er verliert seine Forderung[19]) und der Indossatar ist nunmehr allein der (Wechsel-)Gläubiger. Das Indossament ist zunächst nichts anderes, als die Beurkundung eines Rechtsgeschäftes auf der Rückseite der Wechselurkunde (Thöl § 228): zufolge einer häufig vorkommenden Metonymie nennt man das durch Indossament beurkundete Rechtsgeschäft selbst Indossament. Das Indossament im eigentlichen Sinn[20]) ist somit nichts anderes, als eine

16) Art. 9 der D. W. O. Bluntschli Wechselr. S. 38. Renaud Wechselr. § 47 § 51. vgl. jedoch dagegen Thöl § 239 Nr. III u. IV. Gerber § 210 Note 4 u. in neuester Zeit Biener im Arch. f. Wechselr. Bd. V Nr. IX.

17) Es wird hier vorausgesetzt, daß eine bereits acceptirte Tratte indossirt wird; würde eine noch nicht acceptirte Tratte indossirt, so läge darin eine Weiterbegebung des Auftrags, von dem Trassaten sich zahlen und promittiren zu lassen; cf. l. 4 § 19 D. de exc. doli (44, 4) Mandavi Titio, ut a te stipularetur; deinde Titius Sejo —.

18) Vgl. vorhergeh. § a. E. und Thöl § 234 Nr. I.

19) l. 2 C. de novat. (8, 42) — delegatione personae rite facta jure novationis vetustior contractus evanuit. l. 3 eod. l. 27 D. eod. tit.

20) Das s. g. Eigenthumsindossament (weil der Indossatar „Eigenthümer der Forderung" wird vgl. Art. 36 der D. W. O.), vollständige, qualificirte Indossament, im Unterschied vom uneigentlichen Indossament, insbes. dem Indossament zum Incasso; vgl. Thöl § 229. Renaud § 49. D. W. O. Art. 17. — Das Indossament kann übrigens auch als Cessionsform bei einfachen Schuldverschreibungen vorkommen; vgl. Seuffert Archiv III Nr. 44.

Novation und zwar eine Delegation.[21]) Mit der im Weg der Indoſſirung bewerkſtelligten Delegation kann überdieß ein abſtraktes (Wechſel-)Verſprechen der Zahlung der Regreßſumme

---

21) Die Anſichten über die rechtliche Natur des Indoſſaments ſind bekanntlich ſehr verſchieden (vgl. hierüber Thöl II § 231). Thöl § 232 fg. § 272 ſteht im Indoſſament „eine neue Tratte, welche an die alte Tratte ſich anſchließt, mithin einen neuen Zahlungsauftrag und ein neues Wechſelverſprechen;" ihm folgen hierin Liebe Erläut. S. 67 fg. Gerber § 210 u. A. Allein wenn auch immerhin zuzugeben iſt, daß das Indoſſament als eine neue Tratte zu betrachten ſei (vgl. Note 10), ſo iſt doch nicht zu überſehen, daß das Verhältniß hier inſofern ein anderes iſt als bei der erſten Tratte, als der Indoſſant (der neue Traſſant) ſelbſt ſchon Wechſelgläubiger iſt, daß ihm ſchon das „Summenverſprechen" gemacht worden iſt und daß es ſich nunmehr weſentlich um die Frage handelt, was mit der Wechſelforderung des Indoſſanten geſchehe. Darüber daß dieſe durch das geſchehene Indoſſiren novirt worden ſei, gibt Thöl's Charakteriſtik des Indoſſaments ebenſo wenig einen Aufſchluß als darüber, daß und in welcher Weiſe im Indoſſament einer (acceptirten) Tratte eine Rechtsübertragung liege (vgl. Art. 10 D. W. O.; ein Anſatz zur richtigen Conſtruktion findet ſich jedoch ſchon bei Thöl § 235 Note 9). Gegen die Anſicht Thöl's hat ſich auch bereits Jolly im Archiv f. Wechſ. IV Nr. XIV § 1 treffend ausgeſprochen; aber die Anſicht, welche dieſer Schriftſteller ſelbſt, im Zuſammenhang mit ſeiner im vorherg. § dargeſtellten Grundauffaſſung, aufſtellt (§ 2. 3 der Abh.), wonach das Indoſſament „die Individualiſirung des in der Wechſelobligation an ſich als Rechtsſubjekt in abstracto gedachten Gläubigers ſei," halte ich für verfehlt. — Richtiger definirt Renaud Wechſelr. § 50 (vgl. § 48) das Indoſſament als „Übertragung der Wechſelforderung unter Ausſtellung eines traſſirten Wechſelverſprechens;" wenn er aber S. 96 bemerkt, daß das Indoſſament „eine Novation nicht begründe, da dem Wechſelſchuldner ohne ſeine Mitwirkung ein neuer Gläubiger gegeben werde," ſo bleibt er uns die Erklärung ſchuldig, wie wir uns alſo die Übertragung der Wechſelforderung zu denken haben; oder ſollen wir auch hier auf die „Singularſucceſſion" rekurriren? — Mit Unrecht ſehen auch h. z. T. noch manche Schriftſteller im Indoſſament eine „wechſelmäßige Ceſſion" z. B. Bluntſchli S. 37; hier modificirt dann der Zuſatz „wechſelmäßig" den Begriff der Ceſſion dergeſtalt, daß ſie in der That aufhört als Ceſſion zu figuriren; die „gewöhnliche Ceſſion" iſt die wirkliche Ceſſion, die „wechſelmäßige Ceſſion" iſt eine Ceſſion, die eigentlich keine Ceſſion iſt. Auch Labenburg will in ſeiner § 1 angef. Abh. (Arch. f. Wechſelr. Bd. III Nr. VIII § 8) in dem Indoſſament eine Ceſſion ſehen und geht hiebei von ganz unrichtigen Grundſätzen über die Zuläſſigkeit reſp. Unzuläſſigkeit von

ausdrücklich oder zufolge gewohnheitsrechtlicher Interpretation verbunden werden; allein wesentlich ist dieß nicht. Beim Indossament „ohne Obligo" (ohne Regreß, ohne Gewährleistung)[22]) fällt daher zwar jene Haftpflicht hinweg, eine Delegation ist aber dennoch vorhanden.[23])

Bei den Inhaberpapieren fällt die schriftliche Beurkundung der geschehenen Delegation auf dem Papiere (das Indossament als Form) hinweg: die Delegation vollzieht sich formlos durch das Geben und Nehmen des Papiers. So wie schon das Indossament eine neue Tratte erspart (Thöl § 233 Nr. 1), ebenso ist bei den Inhaberpapieren die Ausstellung eines neuen schriftlichen abstrakten Versprechens an jene Person, welcher der bisherige Gläubiger sein Forderungsrecht delegiren will, überflüssig; mit der in der Absicht zu delegiren geschehenen Tra-

---

Einreden gegen die Person des Cessionars überhaupt aus; vgl. gegen ihn Brauer im Arch. f. Wechs. III Nr. XIV § 9; und überhaupt gegen die Auffassung des Indossaments als einer Cession Thöl § 231 I. — Kuntze Die Obligation S. 259 (vgl. die Schrift dess. Verf. Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft 1856 S. 77 Note 1 S. 24. 25) meint, „das Indossament sei seiner Natur nach eine Novation; eine Delegation könne man es aber nicht taufen, weil es ohne Mitwirkung des Schuldners vollzogen werde;" „das Indossament sei ein besonderer, den Römern unbekannter Vertrag, welcher im Geist des Wechselverkehrs gleichwie die römische expromissio und delegatio, Novation wirke." Mit diesem Rekurriren auf „den Geist des Wechselverkehrs," mit dieser Angabe, daß das Indossament gleichwie eine Novation wirke, ist höchstens die Wirkung des Indossaments angegeben und beschrieben, nicht aber erklärt, wie durch das Indossament diese Wirkung hervorgebracht werde. Auch die Darstellung Bähr's (§ 68) endlich kann ich nicht befriedigend finden.

22) Vgl. Thöl § 237. Art. 14 D. W. O.

23) Durch diese Zusätze wird also das Indossament nicht etwa zu einer auch bei Wechselforderungen möglichen Cession (Thöl § 237 Note 9 § 227), sondern von den zwei Rechtsgeschäften, welche im Indossament möglicherweise enthalten sind, Delegation und Promission, fällt das letztere hinweg.

dition des Inhaberpapieres iſt die Delegation vollzogen. Es bleibt ſomit Alles im Geleiſe des Obligationenrechtes: es iſt weder der Beſitzer, noch der Eigenthümer des Papiers als ſolcher der Gläubiger, noch weniger nimmt hier Alles einen ſachenrechtlichen Charakter an.[24]) Die Übertragung der Forderung iſt nicht Ceſſion, ſie iſt aber auch nicht Tradition der Urkunde, da weder die Urkunde die Forderung, noch die Forderung in der Urkunde verkörpert iſt: ſie iſt vielmehr Delegation, wobei die Tradition der urſprünglichen Urkunde die Stelle des Gebens und Nehmens eines neuen ſchriftlichen Verſprechens vertritt.[25]) Ordre- und In-

24) Ich kann daher auch der Anſicht Liebe's (Erläuter. S. 128 fg. vgl. S. 196 fg. S. 46 fg.) nicht beiſtimmen, welcher drei Stufen unterſcheidet: 1) Papiergeld; dieſes gehöre unter die Herrſchaft des dinglichen Rechts wie jede andere Sache; 2) Papiere au porteur; in ihnen vereinige ſich Obligationen- und dingliches Recht; 3) Wechſel; bei dieſen trete das Moment des perſönlichen Rechts in den Vordergrund; der Unterſchied der Wechſel vom Inhaberpapier ſei der, daß bei letzterem das Papier das Principale ſei, dem das perſönliche Recht als Acceſſorium folge, während bei dem Wechſel ſich dieß gerade umgekehrt verhalte (S. 133).

25) Kuntze Die Obligation S. 258 erklärt den Verkehr mit Inhaberpapieren auf folgende Weiſe: „Kraft des poſitiven Rechts der Inhaberpapiere pflanzt der Beſitzwechſel des Papiers den obligatoriſchen Vermögensſtoff auf den Empfänger über. Der neue Beſitzerwerber hat mit dem Empfang des Papiers die in demſelben markirte Obligation erworben, er iſt Gläubiger proprio jure aus dem Papier; deſſen Übergang auf ihn konſumirt des Vorbeſitzers Obligation; mittels Novation, welche unmittelbar an den Beſitzwechſel ſich anknüpft, rehabilitirt ſich die Obligation im neuen Beſitzer, indem ſie aus dem wandelnden Vermögensſtoff der Obligation des jedesmaligen Vorbeſitzers ſich herſtellt.“ Ich glaube nicht, daß dieſe Theorie von einem „Stoffwechſel“ in dem Bereich der Obligationen eine befriedigende genannt werden könne. Heißt das nicht, mit dem zu Erklärenden erklären, wenn man behauptet, daß „kraft poſitiven Rechts der Inhaberpapiere“ der Beſitzwechſel den Stoffwechſel nach ſich ziehe? Und knüpft ſich die Novation ſo ohne weiteres an den Beſitzwechſel an? Und genügt jeder beliebige Beſitzwechſel, z. B. Beſitzergreifen von Seiten des Diebes oder Räubers oder Finders des Papiers? Und was geſchieht mit den Fundamentalgrundſätzen der Novation: non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur l. 8 § 5 cf. D. de nov.

haberpapiere haben ſomit nicht nur dieſelbe rechtliche Natur, ſondern der Verkehr mit ihnen beruht auch auf demſelben Princip. Wäre dieß nicht der Fall, wie könnte man ſonſt ſo leicht ein Ordrepapier in ein Inhaberpapier, ein Inhaberpapier in ein Ordrepapier verwandeln, wie dieß ja bei Wechſeln ſo häufig geſchieht, welche durch Blanco-Indoſſament (Thöl § 279 Art. 12 D. W. O.) in einen Inhaberwechſel[26]) und durch eine ſpätere Ausfüllung des Blanco-Indoſſamentes wieder in einen Ordrewechſel verwandelt werden?[26a]) Der ganze Unterſchied im Verkehr beruht nur darauf, daß bei den Ordrepapieren das mit einem Indoſſament verſehene, ſomit die geſchehene Delegation ſchriftlich beurkundende Papier, bei dem Inhaberpapiere aber das Papier ohne ſolche Beurkundung weiter begeben wird. Dieſer Unterſchied zieht noch folgenden Unterſchied nach ſich.

Bei Ordrepapieren wird der letzte Indoſſatar durch eine Reihe ununterbrochener bis auf ihn herabgehender Indoſſamente im Prozeß als Gläubiger legitimirt.[27]) Bei Blanko-Indoſſamenten, welche auf einem Ordrepapier (z. B. einem Wechſel) ſtehen, wird, wenn auf das Blanco-Indoſſament ein weiteres Indoſſament folgt, angenommen, daß der Ausſteller des Letzteren das Papier durch das Blanco-Indoſſament erworben habe (Art. 36 D. W. O.); iſt dieß nicht der Fall, folgt alſo

---

l. 22 l. 10 l. 21 l. 25 eod.? Und müßte mit der Annahme von im Papier markirten Obligationen nicht der Satz des Gajus II 38 dahin verkehrt werden: Obligationes hoc modo contractae aliquid eorum recipiunt: nam quod mihi debetur, id si velim tibi deberi, eodem modo quo res corporales ad alium transferuntur id efficere possum?

26) Vgl. Savigny Obl. R. II S. 105. 106. Thöl § 279 I. Renaud § 50. 52. 54.

26a) Thöl § 279 I Nr. 3 lit. d. Liebe Erläuter. S. 47.

27) Es gilt dieſer Satz nicht bloß bei Wechſeln (Art. 36 D. W. O. Thöl § 247) ſondern auch bei andern Ordrepapieren, die indoſſirt werden.

auf das Blanco-Indoſſament kein anderes Indoſſament, ſo iſt der Beſitzer des Papieres durch den Beſitz als (Wechſel-)Gläubiger legitimirt. [28]) Dieſer letztere Grundſatz gilt bei Inhaberpapieren ganz allgemein: der Inhaber des Papieres wird dem Schuldner gegenüber wie überhaupt im Prozeß durch die bloße Innehabung als ſelbſtſtändiger Gläubiger legitimirt, ein Satz, der ſpäter näher unterſucht werden wird.

---

28) Vgl. Thöl § 279 I Nr. 3 lit. b § 247. Liebe Erläut. S. 47. S. 70. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 80 Nr. 203.

Die einzelnen Rechtsverhältniſſe bei Inhaberpapieren.

§ 19.

Es iſt für die Löſung der ſich bei Ordre- und Inhaberpapieren ergebenden Fragen von entſcheidender Wichtigkeit, ſich über die Bedeutung klar zu werden, welche das Papier als ſolches (als Sache) bei den Ordre- und Inhaberpapieren hat.

Das Papier iſt zunächſt die Bedingung der Entſtehung der Obligation, die Schrift der Entſtehungsgrund der Obligation; ohne Papier keine Obligation an Ordre oder au porteur; daher z. B. ohne Wechſel (Wechſelbrief) kein Wechſelrecht und keine Wechſelverpflichtung.[1])

Das Papier iſt ferner die Bedingung der Übertragung der Forderung durch Delegation auf eine andere Perſon, weil auch der novirende Verpflichtungsvertrag zwiſchen dem Delegatar und dem Schuldner ein Literalcontract iſt. Der Gläubiger, der aus dem Beſitze des Papieres gekommen iſt, hat daher die unerläßliche Vorausſetzung verloren, um ſein Forderungsrecht auf einen Anderen im Wege der Delegation übertragen zu können; er kann ſeine Forderung zwar noch cediren, er kann ſie aber nicht mehr delegiren.

Das Papier iſt ferner zugleich das Beweismittel für die Entſtehung der Obligation aus dem Literalcontract. Hierin liegt

1) Thöl § 180 § 185 I. IV Nr. 5.

nichts Beſonderes; in allen Fällen, wo Dispoſitivurkunden [2]) vorkommen, enthält die Urkunde als Erſcheinungsform des juriſtiſchen Willens, als Verkörperung des Willensaktes ſowohl die Begründung des fraglichen Rechtsverhältniſſes, als das Beweismittel für dieſen begründenden Willensakt: die Dispoſitivurkunde iſt zugleich Entſtehungsgrund und Beweisdokument. [3]) „Der Inhalt der Dispoſitivurkunde iſt juriſtiſche Thatſache, welcher Rechte begründet, nicht bloß beweiſt.“ So verhält es ſich z. B. bei ſchriftlichen Teſtamenten; der ſchriftlich erklärte Wille bringt das Rechtsgeſchäft hervor und die Schrift iſt als Trägerin des rechtlichen Willens zugleich Beweismittel für die Exiſtenz desſelben. Ebenſo verhält es ſich, wenn ein Vertrag zufolge der Willkür der Parteien ſchriftlich abgeſchloſſen wird; ebenſo iſt es endlich in dem uns hier beſchäftigenden Falle. [4]) Wenn A dem B einen eigenen Rektawechſel ausſtellt, ſo iſt der Wechſelbrief ſowohl der Entſtehungsgrund der formellen Obligation als zugleich das Beweismittel dafür. Wenn daher Jemand aus einem Ordre- oder Inhaberpapier klagt, ſo enthält die Vorlage des Papieres ſowohl die Behauptung, daß ein formeller Contract zwiſchen dem Ausſteller und dem erſten Empfänger des Papiers geſchloſſen worden ſei, als auch den Beweis dafür, [5]) da hier, wie bei Schuldurkunden über-

---

2) Vgl. oben § 14 Note 3.

3) Vgl. die § 14 Note 3 angef. Schriftſteller, ferner Bayer Vorträge (8. Aufl.) S. 844 und Gerau in der Zeitſchr. für Civilr. und Prozeß Bd. XX S. 94 fg.

4) Auch Savigny (Verm. Schrift. I S. 216) ſagt, daß der Wechſelbrief, obgleich er Entſtehungsgrund der formellen Obligatio ſei, dennoch zugleich zum Beweis diene.

5) Auch von dieſem Standpunkt aus ergibt ſich die Unzulänglichkeit der Auffaſſung der Inhaberpapiere als Beweisdokumente über eine außerhalb derſelben beſtehende materielle Obligation und der Übertragung der Forderung

haupt,[6]) eine rechtliche Vermuthung dafür spricht, daß der (erste) Inhaber der Urkunde dieselbe von dem Aussteller empfangen habe, und daß sie ihm zu dem Zweck gegeben worden sei, um den schriftlichen Vertrag abzuschließen,[7]) d. h. es spricht eine rechtliche Vermuthung dafür, daß der (erste) Inhaber des Papiers dasselbe durch einen Begebungsvertrag erhalten habe.[8])

Das Papier *legitimirt* endlich den Inhaber desselben als Gläubiger im Prozeß. Dieser wichtige Satz wird im folgenden Paragraph erörtert werden.

Dagegen ist das Papier, wenn gleich die Bedingung für das *Entstehen*, doch nicht die Bedingung für das *Bestehen* der Obligation. Die einmal entstandene Obligation ist von den Schicksalen der Schrift, aus der sie entstanden ist, ebenso unabhängig wie die verborum obligatio von den

---

als einer Cession. Denn durch den Satz, der Inhaber des Papiers sei durch den Besitz als Cessionar legitimirt, wird dem Kläger nur erspart, die stattgefundene Cession zu beweisen, er müßte aber wie sonst der Cessionar die materielle Obligation (z. B. das Darlehen, den Kauf) angeben, aus welcher der erste Cedent sein Forderungsrecht ableitet und wofür das Inhaberpapier nur das Beweismittel ist.

6) Vgl. hierüber *Bähr* § 59 § 60.

7) Vgl. *Thöl* § 180 II Nr. 2. *Renaud* W. R. § 37. vgl. auch *Einert* Über das Wesen und die Form des Literalcontr. S. 81 fg.

8) Diese Vermuthung kann der Aussteller des Papiers durch Gegenbeweis entkräften, indem er nachweist, daß der erste Inhaber des Papiers dasselbe nicht durch einen Begebungsvertrag erhalten habe, daß also z. B. das Papier ihm gestohlen worden sei, daß es vom Wind entführt und dann von einer Person auf der Straße aufgehoben worden sei u. s. f. (vgl. *Thöl* a. a. O.). Bei Ordre- und Inhaberpapieren wird jedoch der Aussteller dem gutgläubigen dritten Erwerber des Papiers dennoch haften müssen, wenn das Abhandenkommen des Papiers ihm selbst zur Last fällt (vgl. *Bähr* § 60 Note 3): es ist dieß eine jener Begünstigungen, wie sie bei solchen Papieren im Interesse des Verkehrs zu Gunsten des gutgläubigen Dritten vielfach stattfinden (vgl. folg. § Note 5) und wodurch die praesumtio juris einem solchen Dritten gegenüber zu einer praesumtio juris et de jure erhoben wird.

Worten, nachdem ihr Aussprechen einmal die Obligatio erzeugt hat. Durch den Untergang des Papiers, durch die Vernichtung desselben z. B. durch Brand, geht also nur das Übertragungs- und Beweismittel der entstandenen Obligation, nicht aber diese selbst unter. In gleicher Weise hat der zufällige Untergang eines Testamentes nicht die Vernichtung der Erbeinsetzung zur Folge, wenn nur bewiesen werden kann, was den Inhalt des Testamentes gebildet hat;[9]) ebenso bleibt z. B. der schriftlich geschlossene Kaufvertrag zu Recht bestehen, wenn gleich die Vertragsurkunde verbrannt sein sollte. Das Fortbestehen der Forderung aus Inhaber- und Ordrepapieren im Falle des Unterganges des Papiers ist daher nicht als eine leidige Billigkeitsmaßregel zu betrachten,[10]) sondern eine bloße Consequenz des Grundsatzes, daß die Existenz des Papiers auf das Fortbestehen der einmal entstandenen Forderung keinen Einfluß habe. Daß bei den Ordre- und Inhaberpapieren hierbei noch das s. g. Amortisationsverfahren stattfinden muß, erklärt sich lediglich daraus, daß erst ermittelt werden muß, ob das Papier wirklich zu Grunde gegangen sei und ob der sich meldende Nichtbesitzer wirklich der letzte Besitzer des Papiers war,[11]) indem der Schuldner vor der Gefahr, nochmals

---

9) l. 1 pr. § 3 D. de his quae in test. delent. (28, 4) l. 1 § 3. 10. 11 D. de B. P. sec. tab. (37, 11) l. 30 C. de test. (6, 23).

10) Dieser Ansicht sind Gengler S. 174, Beseler S. 328, Hoffmann in der (während der Drucklegung dieser Schrift erschienenen) Abhandl. über die Natur des Papiergeldes, des Papieres au porteur und des Wechsels, ihre gegenseitige Verwandtschaft und Verschiedenheit, im Arch. f. Wechselr. Bd. V Nr. X § 5. 6; ferner ein Erkenntniß in Seuffert's Arch. Bd. III Nr. 193. Consequent ist diese Ansicht nur vom Standpunkt Gerber's vgl. § 11 dieser Schrift. — Für die im Text aufgestellte Ansicht vgl. Savigny § 67. Thöl § 56 Nr. 2. Renaud S. 360 fg.

11) Das Amortisationsverfahren ist daher überflüssig, wenn sowohl die

zahlen zu müſſen (vgl. den folgenden §) geſichert werden muß.[12])

So wenig das Papier die Bedingung für die Fortdauer der Obligatio iſt, ſo wenig iſt das Haben des Papiers die unerläßliche abſolute Bedingung für die Geltendmachung des aus dem Papier entſtandenen Forderungsrechts. In dieſer Beziehung ſind jedoch viele Schriftſteller anderer Anſicht[13]) und meinen, daß insbeſondere bei Wechſeln die Vorzeigung und Auslieferung des Papiers die conditio sine qua non der Ausübung des Rechts ſei, daß der Beſitz des Papiers das einzige Mittel ſei, das Forderungsrecht geltend zu machen.[14]) Dieſe Anſicht entbehrt jedoch, wie mir ſcheint, der befriedigenden Be-

---

Vernichtung des Papiers als der Umſtand vollſtändig bewieſen iſt, daß der ſich meldende Nichtbeſitzer wirklich der letzte Beſitzer war; vgl. Thöl § 56 Nr. 2. Renaud S. 361. Gönner Staatsſch. S. 287 Note *.

12) Hat die Amortiſation ſtattgefunden, ſo wird dem Amortiſationswerber entweder ein neues Papier ausgeſtellt (Seuffert's Arch. Bd. III Nr. 193; a. A. Renaud S. 361) oder Zahlung gemacht.

13) So z. B. Thöl § 185, nach deſſen Anſicht (vgl. auch § 290) „zur Geltendmachung des Wechſelvertrags abſolut die Vorzeigung und Auslieferung des Wechſels, mithin das Haben des Wechſels erforderlich iſt; — es gibt keine Wechſelklage (Klage aus dem Wechſelvertrag, ſei es im ordentlichen Prozeß oder Wechſelprozeß) auf Grundlage nur eines Geſtändniſſes oder Zeugenbeweiſes;" ebenſo Renaud W. R. § 90; Jolly im Archiv f. Wechſelr. Bd. II Nr. VII Bd. IV Nr. I: „die Wechſelurkunde ſei nicht bloßes Beweismittel für die Wechſelforderung, da ſie vielmehr zugleich formelle Bedingung für die Entſtehung derſelben, ja bis zu gewiſſem Grade (bis zu welchem?) ſogar für deren fortdauerndes Beſtehen ſei." Die im Text aufgeſtellte Anſicht liegt der D. W. O. Art. 73 zu Grunde (vgl. auch Code de comm. a. 151); ſie wird vertheidigt von Labenburg im Arch. f. Wechſelr. Bd. III Nr. VIII (nur geht dieſer Schriftſteller zu weit, indem er überſieht, daß das Papier allerdings die Bedingung für die Entſtehung der Wechſelobligation ſei und im Wechſel bloß eine Beweisurkunde über die eingegangene Verpflichtung ſieht). Zu welchen Inconvenienzen die entgegengeſetzte Anſicht führt, dafür liefert ein in dem folg. § Note 13 angef. Fall ein Beiſpiel.

14) Von dieſer Anſicht geht auch ein Erkenntniß in Seuffert's Arch. Bd. VIII Nr. 77 aus.

gründung: die Eigenthümlichkeiten, welche bei Ordre- und Inhaberpapieren ſtattfinden, laſſen ſich in anderer Weiſe erklären (vgl. § 20 § 23 dieſer Schrift).

§ 20.

Wenn der ſpätere Nehmer eines Ordre- oder Inhaberpapiers in einem Prozeß als Gläubiger auftritt, etwa als Kläger gegen den Ausſteller des Papiers, ſo müßte er jedes Glied in der Kette der Übertragungen der Forderung vom erſten Nehmer des Papiers bis auf ihn herab angeben und nachweiſen, daß jeder ſeiner Vorgänger zur Weiterbegebung des Papiers berechtigt geweſen ſei. Dieſen Nachweis zu liefern wird der Inhaber des Papiers regelmäßig durchaus nicht im Stande ſein; dem die Zahlung verweigernden Schuldner ſtünde der Inhaber hülflos gegenüber und die Ausſtellung von Inhaberpapieren würde hiedurch illuſoriſch. Eine ähnliche Schwierigkeit in der Beweisführung findet ſich bekanntlich beim Eigenthumsrecht, indem auch hier derjenige, der Eigenthum auf derivative Weiſe erworben zu haben behauptet, die ganze Reihe ſeiner Auktoren angeben muß (ſ. g. probatio diabolica).[1]) Dieſer Schwierigkeit iſt in Anſehung des Eigenthums theils auf poſitive Weiſe abgeholfen, indem ſich der Kläger der actio Publiciana bedienen kann, theils iſt die Schwierigkeit überhaupt in dieſem Fall der Natur der Sache nach nicht ſo bedeutend, weil ſie in und mit der erſten originären Erwerbung des Eigenthums ihre natürliche Grenze findet. Bei Inhaberpapie-

1) l. 20 pr. § 1 D. de A. R. D. (41, 1); bekanntlich hat man öfters in älterer und neuerer Zeit wegen dieſer Schwierigkeit der Beweisführung behaupten wollen, das dominium auctoris brauche nicht bewieſen zu werden; vgl. dagegen Puchta Pandekt. § 168 Note c. Wangerow Pandekt. I § 332 Anm. 1.

ren [1a]) nun wird jener Schwierigkeit durch die poſitive Vorſchrift abgeholfen, daß der Beſitzer des Papiers im Prozeß durch den Beſitz als Gläubiger *legitimirt* werde, d. h. es findet aus der Thatſache der Innehabung des Papiers im Prozeß ein Schluß auf die Zuſtändigkeit des Forderungsrechts ſtatt, [2]) es wird kraft poſitiver Form vom Haben des Papiers auf die Gläubigerſchaft geſchloſſen. [3]) Wenn daher der Inhaber des Papiers gegen den Ausſteller auf Zahlung klagt, ſo hat er nichts anderes zu thun, als das Papier vorzulegen; daraus folgt einmal von ſelbſt, daß der Ausſteller mit irgend einem erſten Empfänger den Literalcontract geſchloſſen habe (§ 19 dieſer Schrift); daß aber der Inhaber des Papiers der jetzige Forderungsberechtigte ſei, dieß wird aus der Thatſache ſeines Beſitzes gefolgert. [4])

---

1 a) Auch bei Ordrepapieren z. B. bei Wechſeln findet eine eigenthümliche Legitimation ſtatt (Art. 36 D. W. O. *Thöl* § 247), daher denn auch der beklagte Wechſelſchuldner dem Inhaber gegenüber die Indoſſamente nicht für irrecognoscibel erklären darf, vgl. *Liebe* Einl. S. 127 fg. *Füßel* im Arch. f. Wechſelr. Bd. II Nr. IX.

2) Man pflegt dieß gewöhnlich dahin auszudrücken, daß für den Inhaber des Papiers eine Rechtsvermuthung (praesumtio juris) ſpreche, er ſei der Gläubiger. Dieſe Auffaſſung halte ich für unrichtig, weil von einer Rechtsvermuthung im techniſchen Sinn nur dort die Rede ſein kann, wo von einer gewiſſen Thatſache kraft poſitiver Rechtsvorſchrift auf ein noch ungewiſſes *Faktum* ein Schluß gezogen wird; hier aber findet von einer gewiſſen Thatſache (dem Haben des Papiers) ein Schluß auf die Zuſtändigkeit eines behaupteten Rechts, ſomit ein Schluß auf eine behauptete *Berechtigung* ſtatt.

3) Die Annahme *Savigny's* Obl. R. II S. 135 (vgl. auch *Bluntſchli* D. P. R. § 117 Nr. 7. *Walter* Syſtem § 258 Nr. IV), daß der Eigenthümer des Papiers der wahre Gläubiger ſei, daß aber mit dem thatſächlichen Beſitz ſtets die Vermuthung des Eigenthums verbunden ſei, ſcheint mir ganz unhaltbar zu ſein; gegen dieſelbe hat ſich auch *Renaud* S. 340 erklärt, ohne jedoch eine haltbare Behauptung an deren Stelle geſetzt zu haben, vgl. § 5 dieſer Schrift.

4) Würde der Ausſteller des Papiers, etwa um dem klagenden Inhaber gegenüber Einreden aus dem der Ausſtellung des Papiers unterliegenden Ver-

Die im Beſitz liegende Legitimation des Inhabers des Papiers kann ſein Gegner im Prozeß, alſo insbeſondere der Ausſteller des Papiers, durch Gegenbeweis zerſtören, deſſen Führung ihm wohl gewiß geſtattet iſt.[5]) Dieſer Gegenbeweis kann auf verſchiedene Weiſe geführt werden. Er kann dahin geführt werden, daß dem Inhaber des Papiers dasſelbe nicht in der Abſicht gegeben worden ſei, um ihm das Forderungsrecht zu delegiren; ſo z. B. kann der geklagte Ausſteller behaupten und beweiſen, daß der Inhaber des Papiers bloß Depoſitar oder Commodatar ſei. Der Gegenbeweis kann ferner dahin geführt werden, daß der Inhaber des Papiers dasſelbe geraubt, geſtohlen, gefunden habe oder daß ſein Vormann zur Delega-

---

hältniß geltend zu machen (vgl. § 22 dieſer Schrift), behaupten, daß der klagende Inhaber des Papiers der erſte Nehmer desſelben ſei, ſo hätte er dieſen Beweis zu liefern, da der Präſentant des Papiers nicht als erſter Nehmer desſelben, ſondern als Inhaber auftritt; wäre dem Ausſteller der Beweis gelungen, daß er mit dem gegenwärtigen Inhaber den urſprünglichen Literalcontract geſchloſſen habe, ſo hätte der Kläger zu beweiſen, daß er das Papier weiterbegeben und dasſelbe wieder zurückerworben habe, daß er alſo als Delegatar klage. Es geſtaltet ſich auf dieſe Weiſe die Sachlage dahin, wie es bei Inhaberpapieren ſteht, welche auf A oder jeden Inhaber klagen, nur daß hier, wenn A als Kläger auftritt, ſchon aus dem Papier erhellt, daß mit ihm der urſprüngliche Contract geſchloſſen wurde. Bei Ordrepapieren fallen dieſe Schwierigkeiten hinweg.

5) Einen Gegenbeweis laſſen die meiſten Schriftſteller zu; vgl. Savigny S. 136. 179. 180. Thöl § 54 f. Nr. I. Walter § 258 Nr. VI; dagegen halten wohl mit Unrecht Renaud S. 340. 341. Beſeler § 228 Nr. III. Bluntſchli § 117 Nr. 5 denſelben für unzuläſſig; eine Ausſchließung desſelben iſt nur vom Standpunkt Gerber's conſequent. Es handelt ſich hier natürlich nur um einen Gegenbeweis gegen die Gläubigerſchaft dieſes Inhabers, nicht darum, daß aus dem Papier überhaupt gar kein Recht abgeleitet werden könne z. B. weil der Ausſteller im Moment der Ausſtellung geiſtesabweſend geweſen ſei (vgl. Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 219); doch finden auch in dieſer letzteren Beziehung manche Eigenthümlichkeiten ſtatt, vgl. z. B. Bähr § 60 Note 3. Seuffert's Arch. Bd. VII Nr. 236. 350 Bd. IX Nr. 68.

tion unfähig geweſen ſei, z. B. daß er wahnſinnig, geiſtesabweſend u. ſ. f. geweſen ſei oder daß der Delegant Gatte des Inhabers ſei und dieſem mit der Forderung eine Schenkung habe machen wollen.[6]) Ob der Gegenbeweis auch in dem Falle ſtatthaft ſei, wenn eines dieſer Ereigniſſe in einem früheren mittelbaren Vormann eingetreten iſt, hängt von der Löſung jener Frage ab, welche im folgenden Paragraph beſprochen werden wird.

Wenn der vom Inhaber des Papiers beklagte Ausſteller ſich gegen die Zahlung ſchützen will, ſo muß er jedenfalls dieſen Gegenbeweis führen. Eine andere Frage aber iſt die: ob der Schuldner auch verpflichtet iſt, dieſen Gegenbeweis zu führen, d. h. ob die Unterlaſſung der Führung des Gegenbeweiſes, abgeſehen davon daß der Schuldner dem Inhaber des Papieres zahlen muß, auch ſonſt noch rechtliche Nachtheile für ihn nach ſich ziehe.[7]) Dieſe Frage hat folgenden Sinn. Wenn ſonſt ein Schuldner im irrigen Glauben, daß die ihm gegenüber ſtehende Perſon der wahre Gläubiger ſei, an dieſe Perſon Zahlung geleiſtet hat, ſo wird dadurch das Recht des wahren Gläubigers nicht im entfernteſten berührt; dieſer bleibt nach wie vor Gläubiger, der Schuldner muß nochmals zahlen[8]) und kann ſich ſeines Nachtheiles halber nur an den von ihm zuerſt bezahlten Nichtgläubiger mit der condictio indebiti halten.[9]) Dieſer

6) l. 5 § 3 l. 39 D. de don. inter vir. (24, 1); vgl. Savigny Syſtem IV Beil. X Nr. 3.

7) Vgl. auch Jolly im Archiv f. Wechſelr. Bd. II Nr. VII An wen muß und an wen kann die Zahlung eines Wechſels geſchehen? Dieſer Schriftſteller löſt jedoch von ſeinem im vorhergeh. § beſprochenen Standpunkt aus gerade die im Text berührte Seite dieſer Frage in abweichender Weiſe (S. 163. 183).

8) l. 39 D. de neg. gest. (3, 5) l. 12 C. de solut. (8, 43).

9) l. 65 § 9 D. de cond. indeb. (12, 6) l. 8 C. eod. tit. (4, 5).

Satz müßte conſequent auch in dem vorliegenden Fall gelten; der Ausſteller eines Ordre- oder Inhaberpapiers, der einem Indoſſatar oder Inhaber gezahlt hat, welcher in der That der wahre Gläubiger nicht iſt, müßte dem wahren Gläubiger, der ſein Recht dargethan hat, nochmals zahlen. Dieſer Satz, welcher ſich aus ſtrengen Rechtsbegriffen von ſelbſt ergibt, gilt auch in der That in manchen Ländern.[10]) Allein in Deutſchland hat ſich auf dem Weg des Gewohnheits- und Geſetzesrechts eine andere Auffaſſung geltend gemacht. Hiernach wird der Schuldner gleichſam zum Lohne dafür, daß er ein Ordre- oder Inhaberpapier ausgeſtellt hat, und um ihn nicht durch ſeine Einwilligung in die künftigen Übertragungen der Forderung in Nachtheil gerathen zu laſſen, durch die Zahlung an den gehörig legitimirten Indoſſatar[11]) oder an den Inhaber[12]) des Papiers liberirt, ſollte auch dieſe Perſon nicht der wahre Gläubiger ſein; doch verſteht es ſich von ſelbſt, daß der Schuldner nicht dolo oder culpa lata Zahlung geleiſtet haben darf: in ſolchem Falle müßte er ohne weiters dem wahren Gläubiger nochmals zahlen.[13])

---

10) So nach engliſchem und holländiſchem Recht; Zeitſchr. f. Rechtsw. d. Ausl. B. III S. 211. 225. Liebe Einl. S. 133.

11) Art. 36 D. W. O.; von der Identität der Perſon des Präſentanten des Wechſels mit der Perſon des Indoſſatars muß ſich der Schuldner allerdings Überzeugung verſchaffen (Liebe Erläut. S. 135. 136. Renaud § 64. Jolly a. a. O. S. 170), allein auch hier wird wohl wie im Fall des Art. 74 W. O. Abweſenheit von dolus und culpa lata genügen, um den zahlenden Schuldner zu liberiren; vgl. Hoffmann im Arch. f. Wechſelr. Bd. V S. 290. 291 Note 30. 31.

12) Savigny Obl. R. II S. 136. Thöl § 54 f. Nr. I.

13) Vgl. Thöl S. 226 a S. 245 und Jolly a. a. O. S. 175 fg. Wenn der Schuldner dolo oder culpa lata an den (gehörig oder vielleicht gar nicht legitimirten) Indoſſatar oder an den Inhaber gezahlt hat, will Jolly (Arch. f. Wechſelr. Bd. IV S. 40) dem wahren Gläubiger damit helfen, daß dieſer ſein Recht auf den Wechſel auch dem Zahler gegenüber

Durch die Combination dieſer beiden Sätze, daß der Inhaber des Papiers durch den Beſitz als Gläubiger legitimirt und daß der Schuldner durch die bona fide geleiſtete Zahlung an den Inhaber des Papiers liberirt werde, ergibt ſich eine eigenthümliche Geſtaltung der bei ſolchen Papieren vorkommenden Verhältniſſe. Der wahre Forderungsberechtigte kann jeden Augenblick in die Lage kommen, in praktiſcher Beziehung ſeines Rechts verluſtig zu gehen; ſobald nemlich das Papier ohne ſein Wiſſen und Wollen in die Hände eines Dritten kommt, und dieſer den Schuldner um Zahlung angeht, ſo muß ihm der Schuldner, unbekannt mit den vorgefallenen Ereigniſſen, Zahlung leiſten, wodurch er liberirt wird. An den dritten unberechtigten Empfänger der Zahlung kann ſich zwar der Gläubiger halten, und ihm das Empfangene abfordern;[14]) allein wie häufig iſt der Empfänger der Zahlung, den der zahlende Schuldner nicht einmal dem Namen nach zu kennen braucht, gar nicht zu ermitteln, wie häufig iſt er inſolvent! Es liegt daher im Intereſſe des wahren Forderungsberechtigten, die Zahlung an den dritten Inhaber des Papiers nach Kräften hintanzuhalten. Es bieten ſich ihm hiezu verſchiedene Mittel dar.[15]) Der Gläubiger, der

---

geltend mache, daß er alſo den Wechſel vom Zahler, der mala fide gezahlt hat, heraus verlange und wie er ihn erhalten hat, auf nochmalige Zahlung an ſich ſelbſt bringe. Zu dieſem Umweg wird Jolly durch ſeine Anſicht (vgl. vorherg. § Note 13) genöthigt, daß es ohne Wechſel kein Recht aus dem Wechſel gebe; vgl. auch Ladenburg Arch. f. Wechſ. Bd. III Nr. VIII § 18.

14) Vgl. Thöl § 55 Nr. IV; die Natur dieſer Klage zu unterſuchen, würde über die Grenze dieſer Abhandlung hinausführen, vgl. auch den folgend. § Note 24.

15) In den Fällen, wovon nunmehr die Rede iſt, muß der Gläubiger ſowohl ſein Forderungsrecht als den erlittenen unfreiwilligen Verluſt beſcheinigen; die Beſcheinigung des Forderungsrechts geſchieht durch Beſcheinigung des gehabten Beſitzes, weil im Beſitz die Legitimation als Gläubiger liegt.

den Verluſt des Papiers erfahren hat, wird ſich ſofort an den Schuldner wenden und dieſen von dem geſchehenen Verluſt in Kenntniß ſetzen: die Folge davon iſt, daß der Schuldner, ſobald er vom Inhaber des Papiers um Zahlung angegangen wird, den Gläubiger hievon benachrichtigen muß.[15a]) Unterläßt er dieß und zahlt er dem ſich meldenden Inhaber, ſo handelt er dolo oder culpa lata und muß dem ſein Forderungsrecht beweiſenden Gläubiger nochmals zahlen.[16]) Setzt er jedoch den Gläubiger in Folge jener Mittheilung oder in Folge eines vom Gläubiger erwirkten Zahlungsverbotes[17]) in Kenntniß, ſo wird ſich die Sache nunmehr dahin geſtalten, daß zwei Perſonen den Schuldner um Zahlung angehen, von denen eine jede behauptet, daß ſie der wahre Forderungsberechtigte ſei; es iſt hier alſo ein Fall der ſ. g. Principal-Intervention vorhanden und der Gläubiger hat den Schuldner gegen den Inhaber des Papiers, der ja durch ſeinen Beſitz legitimirt iſt, zu defendiren.[18]) Auch iſt der Gläubiger wohl berechtigt, wenn er ſeinen früheren Beſitz und den unfreiwilligen Verluſt des Papiers beſcheinigt hat, vom Schuldner Zah-

---

Die Anſichten ſind aber auch in dieſer Beziehung wegen der Verſchiedenheit des Ausgangspunkts verſchieden; vgl. Renaud S. 358. 359.

15a) Anders verhält ſich dieß bei Wechſeln nach der D. W. O. Art. 73; vgl. Liebe Erläut. S. 192 fg. A. A. Labenburg im Arch. f. Wechſelr. Bd. III Nr. VIII § 7.

16) Vgl. Thöl I S. 226a. Savigny S. 136.

17) Vgl. Hoffmann im Arch. f. Wechſelr. Bd. V Abh. X § 4; badiſches Landr. Anh. Art. 202. Die Anſicht Renaud's S. 358, daß gegen den zu beklagenden Inhaber des Papiers ein Arreſtirungsgeſuch zu richten ſei, iſt nicht bloß aus theoretiſchen Gründen, ſondern insbeſondere aus dem praktiſchen Grunde unhaltbar, daß der Gläubiger regelmäßig gar nicht weiß, wer gegenwärtig das Papier innehabe.

18) cf. l. 1 § 37 D. depos. (16, 3); vgl. Bethmann-Hollweg Verſuche S. 104. Heiſe und Cropp Abhandl. I Nr. XIV § 8. 9. 12.

lung zu verlangen, wenn er ihm nur die cautio defensum iri[19]) oder die cautio indemnitatis[20]) präſtirt, da der Schuldner dadurch gegen die Gefahr, zweimal zu zahlen, vollkommen gedeckt iſt. Endlich kann der Gläubiger, dem das Papier ohne ſein Wiſſen und Wollen abhanden gekommen iſt, nach manchen Partikularrechten[21]) ein ſ. g. Amortiſationsverfahren einleiten.[22]) Dieſes Verfahren hat den Zweck, daß der dritte Beſitzer des Papiers ſich melde, mit dem der Amortiſationswerber den Streit abzuführen hat, wer von ihnen der wahrhaft Forderungsberechtigte ſei;[23]) der Schuldner aber wird durch gerichtliche Depoſitirung der ſchuldigen Summe oder durch Zahlung an den Amortiſationswerber gegen Caution (vgl. Art. 73 D. W. O.)

---

19) Von der entgegengeſetzten Anſicht (vgl. § 19 Note 14) geht ein Erkenntniß in Seuffert's Archiv Bd. VIII Nr. 77 aus. Auch hier gilt übrigens das Note 15 a Bemerkte.

20) cf. l. 3 § 1 D. de neg. (3, 5).

21) Die Frage, ob die Amortiſation ein gemeinrechtliches Inſtitut ſei, hängt von der Löſung der Frage ab, ob man Ediktalcitationen unter Präjudiz des Rechtsverluſts für gemeinrechtlich hält; vgl. Beſeler § 225 Nr. VII. — Iſt die Amortiſation auch überhaupt zuläſſig, ſo muß ſie doch in jenen Ländern hinwegfallen, wo die Vindication der Inhaberpapiere gänzlich ausgeſchloſſen iſt (vgl. folg. §); dort wo die Vindicationsklage der Inhaberpapiere nur dem gutgläubigen Beſitzer gegenüber ausgeſchloſſen iſt, iſt auch die Amortiſation an ſich zuläſſig; a. A. Gönner Staatsſch. § 73 fg. Schumm § 13 fg.

22) Über die Amortiſation von Inhaberpapieren vgl. Savigny § 69. Thöl § 56. Renaud § 6. — Über die Amortiſation von Wechſeln vgl. Art. 73 D. W. O. Liebe Einl. S. 192 fg. Renaud § 90. Jolly im Arch. f. Wechſelr. Bd. IV Nr. I. Gelpke in ſ. Zeitſchr. Hft. II Nr. XI; vgl. auch Thöl § 290.

23) Meldet ſich der dritte Beſitzer innerhalb der beſtimmten Friſt nicht, ſo wird das Papier mortificirt und dem Amortiſationswerber ein neues Papier von gleichem Werth ausgefertigt oder Zahlung geleiſtet. Das Amortiſationsverfahren erſcheint ſonach als ein civilprozeſſualiſches Contumacialverfahren; vgl. Renaud S. 355. 356. Gengler S. 175.

frei.[24]) — Die Eigenthümlichkeit, welche bei den Ordre- und Inhaberpapieren ſtattfindet, beſteht ſomit darin, daß zwiſchen zwei Prätendenten eines Forderungsrechts ein Streit darüber zu führen iſt, wer von ihnen der wahre Gläubiger ſei.

§ 21.

Unter die beſtrittenſten Fragen in der Lehre von den Ordre- und Inhaberpapieren gehört die gewöhnlich dahin formulirte Frage, ob die Vindication derſelben unbedingt zuläſſig ſei oder nicht?

Um zur Löſung dieſer Frage zu gelangen, muß das Verhältniß des Eigenthumsrechts am Papier und der Gläubigerſchaft in's Klare gebracht werden. Eigenthum am Papier und Gläubigerſchaft erſcheinen zunächſt als zwei durchaus verſchiedene von einander unabhängige Verhältniſſe.[1]) Für die Löſung der Frage, wer Eigenthümer ſei, ſind die Grundſätze des Sachenrechtes maßgebend, für die, wer Gläubiger ſei, die Grundſätze des Obligationenrechts. Dieſer Satz bietet für die Betrachtung zwei Seiten dar.

Der Eigenthümer des Papiers iſt dadurch allein, weil er Eigenthümer iſt, nicht Gläubiger. Das Forderungsrecht iſt nicht nach Art eines Realrechts an das Papier geknüpft, in demſelben verkörpert, ſo daß der jeweilige Eigenthümer des Papiers auch „Eigenthümer der Forderung" d. h. Forderungsberechtigter wäre. Die Gläubigerſchaft

24) Partikularrechtlich beſtehen manche Eigenthümlichkeiten; ſo z. B. leiſtet in Öſterreich trotz des Zahlungsverbots und des eingeleiteten Amortiſationsverfahrens die Staatskaſſe ohne weiters Zahlung an den das Papier bei der Kaſſe producirenden Inhaber (vgl. Schumm § 16); und dieſe höchſt ſinguläre Vorſchrift iſt auch auf manche Privatſchuldſcheine au porteur z. B. auf Privatlotterieloose ausgedehnt worden; vgl. auch Zeitſchr. f. öſter. Rechtsgelehrſ. 1843 I Nr. XIII.

1) Vgl. Thöl § 54c Nr. I.

wird nicht durch das Eigenthumsrecht am Papier beſtimmt; die Verbindung des Eigenthumsrechts mit der Gläubigerſchaft iſt rechtlich nicht nothwendig: es kann Jemand Eigenthümer des Papiers und dennoch ein Anderer der Gläubiger ſein.[2])

Der Gläubiger iſt dadurch allein, weil er Gläubiger iſt, nicht auch Eigenthümer des Papiers. Das Eigenthumsrecht wird nicht rechtlich nothwendig beſtimmt durch die Gläubigerſchaft, es kann Jemand Gläubiger ſein, und dennoch kann das Eigenthumsrecht am Papier einem Andern zuſtehen. Der Eigenthümer des Papiers kann daſſelbe jedem Dritten, falls dieſer auch wirklich der Gläubiger iſt, mit der Eigenthumsklage abfordern; und der wahre Gläubiger hat aus dem Beſitze des Papiers gebracht gegen den Eigenthümer kein Rechtsmittel. Dieſes Verhältniß würde offenbar dem wahren Bedürfniß widerſprechen. Das Stückchen Papier hat für den Eigenthümer als ſolchen keinen, oder doch nur einen ſehr geringen, verſchwindenden Werth; für den Gläubiger dagegen iſt es von der größten Bedeutung, da es ihm das Mittel bietet, ſowohl ſich dem Schuldner gegenüber zu legitimiren, als auch ſein Forderungsrecht der Tendenz dieſer Papiere gemäß auf einen Dritten zu übertragen. Dem Eigenthümer gewährt das Papier als Forderungsurkunde keinen Vortheil, da er, wenn der Gläubiger gehörige Vorkehrungen getroffen hat, auf das Papier hin von dem Schuldner dennoch nicht Zahlung empfängt, und, ſollte er ſie auch erhalten haben, das Empfangene

2) Diejenigen Schriftſteller, welche der Anſicht ſind, daß der Eigenthümer des Papiers als ſolcher Gläubiger iſt, müßten conſequent behaupten, daß wenn der Ausſteller auf fremdem Papier das Verſprechen aufſchreibt, dem Eigenthümer des Papiers die Forderung gebühre; l. 9 § 1 D. de A. R. D. (41, 1) § 33 I. de R. D. (2, 1) l. 3 § 14 D. ad exhib. (10, 4).

an den wahren Gläubiger wieder herausgeben muß; auf einen Dritten aber kann der Eigenthümer des Papiers als ſolcher das Forderungsrecht nicht übertragen, weil es ihm ſelbſt nicht zuſteht, und der Erwerb des Papiers nicht den Erwerb der Forderung nach ſich zieht. Dieſe Erwägung führt dahin, die Frage nach dem Eigenthumsrecht an dem Stückchen Papier ganz außer Spiel zu laſſen und den Satz aufzuſtellen: Wer das Recht aus dem Papier hat, der hat auch das Recht auf das Papier.[3])

Dieſer Satz macht ſich zunächſt in der Weiſe geltend, daß der wahre Gläubiger, welcher das Papier in Händen hat, ſich gegen den mit der Vindicationsklage auftretenden Eigenthümer mit der exceptio doli ſchützen kann: der Eigenthümer will das Papier haben, welches für ihn von gar keiner Bedeutung, für den Gläubiger von der größten Bedeutung iſt. Wenn aber der Gläubiger das Papier ohne ſein Wiſſen und Wollen aus ſeinem Beſitze verloren hat, ſo muß ihm ein Rechtsmittel zuſtehen, um dasſelbe wieder in ſeine Gewalt zu bekommen. Dieſes Rechtsmittel kann, da der Gläubiger als ſolcher nicht Eigenthümer des Papiers iſt, nur eine perſönliche Klage auf Herausgabe des Papiers ſein, welche gegen jeden dritten Beſitzer desſelben gerichtet werden kann, ſomit eine perſönliche Klage mit abſoluter Wirkſamkeit (eine ſ. g. actio in rem scripta).[4])

---

3) Vgl. hierüber insbeſ. Thöl Bd. I § 53 Note 2 § 54c Note 4 Bd. II § 150 § 289. 290; Bluntſchli W. R. ad Art. 74. Jolly im Archiv für Wechſelr. Bd. IV Abh. I § 6. Auch die Leipziger Wechſelconferenz hat ſich dahin ausgeſprochen, daß „zum Beſitz des Papierſtücks nicht derjenige befugt ſei, der nach den Regeln von dominium und rei vindicatio Eigenthümer ſei, ſondern nur der, dem jene perſönlichen Rechte wirklich zuſtünden“ (S. 66 der Quartausgabe von Baſſermann).

4) Ich kann jedoch mit Jolly nicht übereinſtimmen, wenn er meint, daß dieſe perſönliche Klage auf Herausgabe des Papiers „am eheſten der zu

Der Gläubiger fordert mit dieſer Klage aus dem Grunde, weil er als Gläubiger ein Recht auf das Papier hat, dasſelbe jedem dritten Beſitzer ab, weil dieſer nicht der Forderungsberechtigte iſt; das Fundament der Klage bildet ſomit die Gläubigerſchaft; der ganze Prozeß iſt ein Forderungsſtreit[5]) und dreht ſich um die Frage, wer Gläubiger ſei, da mit dieſer Frage zugleich die weitere Frage gelöſt iſt, wem das Papier zukomme.

Dieſe Auffaſſung iſt nicht die übliche; man iſt vielmehr gewohnt, in dem Rechtsſtreite, welchen der Gläubiger, dem das Papier abhanden kam, mit dem Beſitzer führt, einen Eigenthumsſtreit zu ſehen, und ſeine Klage für eine Vindicationsklage zu halten. Dieſe Auffaſſung iſt nur dann gerechtfertiget, wenn man das Papier als den Träger der Forderung anſieht und von dem Grundſatz ausgeht, der Eigenthümer des Papiers ſei als ſolcher der Gläubiger.[6]) Huldigt man dieſem Princip nicht, ſo iſt jene Auffaſſung und Darſtellung nur irreführend, weil man dadurch verleitet wird, auf den Rechtsſtreit, der nur ein Forderungsſtreit iſt, Grundſätze anzuwenden, die nur in

---

einer actio in factum erweiterten actio ad exhibendum zu vergleichen ſei" und ſich dafür auf l. 3 § 14 D. ad exhib. (10, 4) beruft (S. 38), da die actio ad exhibendum nur jenem zuſteht, der ein Eigenthumsrecht an der zu exhibirenden Sache hat (l. 3 § 14 cit. l. 3 D. quom. testam. aper. 29, 3) und die in der l. 3 § 14 cit. gewährte actio in factum nicht auf Herausgabe, ſondern nur auf Vorzeigung der Sache geht; vgl. Bangerow Pandekt. Bd. III § 707. 708 Anmerk. Analog laſſen ſich aber allerdings manche Beſtimmungen der actio ad exhibendum hier zur Anwendung bringen z. B. l. 9 pr. l. 14 D. h. t.

5) Daß dieſer Streit ein bloßer Forderungsſtreit ſei, erweiſt ſich in dem Fall ganz deutlich, wenn wegen Untergangs des Papiers ein Amortiſationsverfahren eingeleitet wird und ein Dritter behauptet, zuletzt im Beſitz des untergegangenen Papiers geweſen zu ſein: hier muß zwiſchen ihm und dem Amortiſationswerber der Streit ausgetragen werden, bei dem es ſich lediglich um die perſönliche Berechtigung handelt.

6) Alſo z. B. vom Standpunkt Savigny's § 67. Renaud's § 5.

dem Fall gelten können, wenn der Rechtsſtreit in der That ein Eigenthumsſtreit iſt. [7])

Von dieſem Standpunkt aus wird es ſofort klar, was es bedeuten ſolle, wenn man frägt: ob die Vindication gegen den dritten Beſitzer des Papiers unbedingt zuläſſig ſei, oder nicht. Dieſe Frage hat den Sinn, ob derjenige, der ſich von einem dritten Nichtgläubiger das Papier tradiren d. h. die Forderung delegiren läßt, dadurch Gläubiger werde oder nicht. Wenn der Erwerber des Papiers wirklich Gläubiger wird, ſo iſt die Klage auf Herausgabe des Papiers gegen ihn erfolglos, weil der Forderungsſtreit zu ſeinen Gunſten zu entſcheiden iſt.

Dieſe Frage iſt nach allgemeinen Principien gewiß zu verneinen: derjenige, der ſich vom Nichtgläubiger das Papier tradiren d. h. die Forderung delegiren läßt, erwirbt die Forderung nicht. Dem herrſchenden Sprachgebrauche zufolge: die Vindicationsklage findet gegen jeden dritten Beſitzer ſtatt, ſollte er auch bei der Erwerbung des Papiers in bona fide geweſen ſein. Dieſe Entſcheidung folgt ſchon aus dem allgemeinen Grundſatz, daß man auf einen Andern ein Recht nicht übertragen könne, welches Einem ſelbſt nicht zuſteht (l. 54 D. de R. J.). Ferner hat hier der Grundſatz ſeine Anwendung zu finden, daß eine Delegation ohne Einwilligung des bisher berechtigten Gläubigers wirkungslos ſei. l. 8 § 5 i. f. D. de novat. (46, 2) — non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur,

---

7) Dieß hat ſchon m. E. mit vollem Recht Thöl I § 55 III u. Note 11 bemerkt. Auch die Protokolle der Leipziger Wechſelconf. ſagen (S. 66), daß es ſich „bei der Vindication eines Wechſels in der Hauptſache nicht um das Eigenthum an dem Papier, ſondern um die Befugniß zur Geltendmachung der mit dem Wechſel verbundenen Rechte handle; eigentlich könne man in dieſen Streitfällen keine reinen Eigenthumsſtreitigkeiten, ſondern nur Conflikte über perſönliche Rechte und deren Zuſtändigkeit erblicken.“

aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur. l. 22 eod. [8]) Sollte daher auch ein Dritter das Papier bona fide erwerben, ſollte er ſelbſt durch dreijährigen Beſitz das Eigenthum am Papier erſeſſen haben, ſo erwirbt er dadurch dennoch das Forderungsrecht nicht, und muß das Papier an den klagenden Gläubiger hinausgeben.

An dieſer Entſcheidung wird auch durch den Umſtand nichts geändert, daß der Inhaber des Papiers durch den Beſitz zur Geltendmachung der Forderung im Prozeß als Gläubiger legitimirt iſt. In dieſer Beziehung behauptet man jedoch häufig das Gegentheil, und glaubt aus jenem Satz mit innerer Nothwendigkeit folgern zu können, daß der Beſitzer durch das Papier auch jedem Dritten gegenüber zur Übertragung der Forderung legitimirt ſei und daß daher der bona fide handelnde Dritte mit der Tradition des Papiers auch das Forderungsrecht erwerbe. [9]) Man argumentirt hierbei gewöhnlich auf folgende Weiſe. [10]) Der Ausſteller von Inhaberpapieren knüpfe die Sachlegitimation einzig an den Beſitz; derjenige, der ſolche Papiere annehme, genehmige dieſes, und müſſe daher ſelbſt wieder jeden dritten Beſitzer durch den Beſitz als ad causam legitimirt anſehen; der gutgläubige Erwerber ſolcher Papiere ſei daher gegen jeden Vorbeſitzer vollkommen geſchützt und die Unzuläſſigkeit der Vindication von Inhaberpapieren gegen den dritten redlichen Beſitzer folge ſomit ſchon aus der Natur der

---

8) cf. l. 11 D. de R. J. Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.

9) Auf die anderen, mitunter ſehr ſonderbaren, Verſuche, den Satz theoretiſch zu begründen, daß die Vindicationsklage gegen den dritten Beſitzer ausgeſchloſſen ſei, näher einzugehen, iſt hier keine Veranlaſſung vorhanden; vgl. darüber Thöl § 55 I. Savigny § 67. Renaud § 5.

10) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 152.

Inhaberpapiere. Dieſe Anſicht findet ſich z. B. bei Gönner,[11]) Schumm (in der angef. Abh. § 12), Bluntſchli § 118 Nr. 1 und bei Thöl (§ 55). Dieſer letztere Schriftſteller hat die fragliche Anſicht am ſchärfſten und beſtimmteſten, jedoch mit einer eigenthümlichen Wendung in folgender Weiſe ausgeſprochen. „Die Vindication iſt ein Widerſpruch im Willen des Vindicanten, freilich nicht in ſeinem rein egoiſtiſchen Willen, aber in ſeinem auf das Intereſſe des Verkehrs gerichteten Willen; — der wahre Gläubiger ſoll und will lediglich durch den Beſitz als legitimirt zur Übertragung der Forderung nachgewieſen ſein; ſo iſt es der allgemeine Wille im Verkehr; — der Wille des wahren Gläubigers iſt es, daß der Erwerber des Papiers auf Inhaber für die Legitimation zur Übertragung der Forderung nach nichts weiterem frage und fragen dürfe, als nach dem Beſitz; ſeine Forderung kann daher wider ſeinen Willen ihm verloren gehen und von einem Andern erworben werden; — der innere Widerſpruch des Vindicanten gegen den gutgläubigen Erwerber liegt darin, daß der Vindicant nun plötzlich, wo es ihm vortheilhaft werden kann, das Papier auf Inhaber wie ein Papier auf Namen behandeln will."

Dieſe Argumentation erſcheint mir als unhaltbar. Es werden hiebei zwei ganz verſchiedene Dinge verwechſelt. Der Satz, daß der jeweilige Inhaber des Papiers durch den Beſitz im Prozeß als Forderungsberechtigter legitimirt ſei, iſt ein Satz des formellen Rechtes; der Satz dagegen, daß der bonae fidei Erwerber des Papieres von dem Nichtberechtigten das Forderungsrecht erwerbe, welches hiemit für den bisherigen Gläubiger verloren gehe, iſt ein Satz des materiellen Rech-

11) Von Staatsſchulden § 70 Nr. 6 lit. d; dieſer Schriftſteller führt übrigens eine ziemliche Anzahl von Gründen in's Feld.

tes: von dem einen Satz findet auf den andern kein Schluß ſtatt. Allerdings iſt es wahr, daß auch dem Kläger gegenüber der beklagte Inhaber des Papiers durch den Beſitz als Forderungsberechtigter legitimirt ſei, allein hieraus folgt nur, daß es nunmehr Sache des Klägers iſt, dieſen Beweis durch Gegenbeweis zu zerſtören, ebenſo wie es Sache des ſich vertheidigenden Schuldners iſt, die im Beſitze liegende Legitimation des klagenden Inhabers durch Gegenbeweis zu zerſtören. Für die Frage aber, welcher Gegenbeweis zuläſſig ſei, ob insbeſondere der Gegenbeweis dadurch ausgeſchloſſen ſei, daß der Inhaber des Papiers bei der Erwerbung in bona fide war, enthält jener Satz keine Antwort. Es verhält ſich in dieſer Beziehung ebenſo wie dort, wo öffentliche Bücher eingeführt ſind und zur Erwerbung des Eigenthums Eintragung in dieſelben erforderlich iſt. Der Intabulirte iſt durch die Eintragung als Eigenthümer legitimirt; wenn daher ein früherer Eigenthümer gegen ihn mit der Vindicationsklage auftreten will, ſo hat er dieſen Beweis des Eigenthumsrechts, der in der Eintragung liegt, zu zerſtören, ohne daß hiemit ſchon von ſelbſt die Folgerung geſetzt wäre, daß Derjenige, der ſein Recht vom intabulirten Nichteigenthümer ableitet, durch die bona fide geſchehene Intabulation das Eigenthumsrecht wirklich erwerbe. — Was aber insbeſondere die angeführte Argumentation Thöl's betrifft, ſo halte ich ſie gleichfalls für unzutreffend. Wir begegnen dem von Thöl geſchilderten Vorgang auch noch in manchen andern Fällen, ohne daß es Jemandem einfiele, ſolche Conſequenzen daraus zu ziehen, wie dieß Thöl in jenem Falle thut. Auch bei Geldſtücken unterſucht man im Verkehr nicht länger, ob der Übertragende wahrhaft Eigenthümer derſelben ſei oder nicht; man hält ohne weiters den Beſitzer für den Eigenthümer; der Eigenthümer liefert keinen umſtändlichen Nachweis, daß es

ſein Geld ſei, welches er gebe. Auch bei Geldſtücken kann man ſagen, was Thöl (S. 235a) von den Inhaberpapieren ſagt: „ſollte und wollte der wahre Eigenthümer, wenn er die Geldſtücke übertragen will, ſich als wahren Eigenthümer nachweiſen, was nur vermittelſt eines ſchwerfälligen Beweiſes möglich iſt, ſo würde das Geld nach dieſer Seite hin, nemlich einem weitern Erwerber gegenüber den Charakter eines zur raſchen Cirkulation beſtimmten Objektes verlieren.“ Dennoch behauptet Niemand, daß „der allgemeine Wille im Verkehr“ dahin gehe, daß gegen jeden gutgläubigen Erwerber die Vindicationsklage ausgeſchloſſen ſei.[12]) Ebenſo iſt es dort, wo öffentliche Bücher eingeführt ſind. Der in die öffentlichen Bücher eingetragene Eigenthümer legitimirt ſich bei allen Klagen durch den Extract aus dem Grundbuch; wenn er das Grundſtück verkauft, oder mit Servituten beſchwert, ſo führt er nicht erſt den umſtändlichen Beweis, daß er Eigenthümer ſei. Dennoch kann man nicht behaupten, daß ſich aus der Natur dieſes Inſtituts von ſelbſt ergebe, daß jeder, der ſich vom intabulirten Nichteigenthümer ein Recht beſtellen läßt, durch die Einverleibung im öffentlichen Buch dasſelbe auch wirklich erwerbe.

Man mag es immerhin im Intereſſe des Verkehrs höchſt wünſchenswerth finden, daß die Vindication der Inhaberpapiere oder vielmehr die perſönliche Klage auf Herausgabe des Papiers gegen den dritten gutgläubigen Beſitzer ausgeſchloſſen ſei, da es ſonſt unmöglich wäre, die Forderung mit Sicherheit zu

---

12) l. 11 § 2 l. 14 D. de R. C. l. 26 § 9 l. 46 D. de cond. indeb. l. 78 D. de solut. In jenen Partikularrechten, wo die Vindication von Geldſtücken gegen den dritten redlichen Erwerber ausgeſchloſſen iſt, z. B. in Öſterreich (§ 371 bürg. Geſetzb.) motivirt man dieſe Ausſchließung gerade in der Weiſe wie Thöl es bei den Inhaberpapieren thut; vgl. Zeiller Comment. Bd. II S. 140. 141.

erwerben;[13]) man kann die Ausſchließung der Vindicationsklage in dieſem Fall für ein noch weit dringenderes Bedürfniß halten als in Anſehung von Geldſtücken, indem Papiere nicht ſo ſchnell ausgegeben werden wie Geldſtücke, und bei ihnen die zur Anſtellung der Klage erforderliche individuelle Unterſcheidung leichter möglich iſt,[14]) als bei dieſen, und weil bei Geldſtücken die dreijährige Erſitzung hilft, die hier, wo es ſich um ein Forderungsrecht handelt, ganz ausgeſchloſſen iſt. Allein die wirkliche Ausſchließung der Klage geſchähe doch immer nur utilitatis causa; aus der Natur des Inſtituts folgt ſie nicht von ſelbſt. Ein ſolcher Satz aber, der contra rationem juris iſt, gehört zum jus constitutum,[15]) er iſt ſtreng poſitiver Natur, und kann daher nur einem Geſetz oder einem Gewohnheitsrechte ſein Daſein verdanken.

Es bleibt ſomit bei der Regel, daß ſowohl bei Ordre- als bei Inhaberpapieren eine Klage auf Herausgabe gegen jeden dritten Beſitzer zuläſſig ſei,[15a]) dafern nicht auf geſetzlichem oder gewohnheitsrechtlichem Weg ſich eine entgegengeſetzte Beſtimmung gebildet hat. Was nun die Geſetzgebungen

---

13) Auf ſolche Utilitätsgründe kommt im Grund auch Thöl (S. 231 a und § 55 Note 19) hinaus. Bei Wechſeln kommt Thöl von demſelben Standpunkt der Berückſichtigung des Verkehrs aus zu dem Reſultat, daß der Nehmer eines falſchen Indoſſaments niemals ein Recht aus der Tratte erhalte (§ 287 § 290). Die D. W. O. Art. 74 dagegen trifft in ihrer Berückſichtigung des Verkehrs eine andere Beſtimmung, für welche ſich auch Manches ſagen läßt (vgl. Jolly im Arch. für Wechſelr. Bd. II S. 167 fg.). Es iſt hieraus erſichtlich, daß man ſich hier auf dem Boden befindet, wo die Argumentation aus der ratio juris aufhört und eine immer etwas willkürliche Berückſichtigung der utilitas ſtattfindet.

14) Vgl. Savigny Obl. R. II S. 118. 145.

15) Savigny Syſtem I § 16 Note q.

15 a) So ſteht es auch nach amerikaniſchem Recht; ſowohl bei Blankowechſeln als bei Inhaberpapieren überhaupt findet die Vindication unbedingt ſtatt; Kent Comment. II p. 78.

betrifft, ſo gehen viele derſelben darauf hinaus, bei Inhaberpapieren die Vindication gegen den dritten gutgläubigen Beſitzer,[16]) oder gegen den dritten Beſitzer überhaupt,[17]) oder nur gegen den dritten gutgläubigen entgeltlichen Beſitzer[18]) auszuſchließen; daß ſich aber auch bereits ein Gewohnheitsrecht für die Ausſchließung der Vindication gegen den dritten gutgläubigen Beſitzer[19]) gebildet habe, wie von mancher Seite behauptet wird, ſcheint doch noch ſehr zweifelhaft.[20])

Wenn der Gläubiger gegen den gegenwärtigen Inhaber des Papiers mit der Klage auf Herausgabe des Papiers auftritt, ſo hat er vor allem ſeinen frühern Beſitz nachzuweiſen; hierdurch iſt er in dieſem Forderungsſtreit dem Beklagten gegenüber als Gläubiger legitimirt.[21]) Aber auch der Inhaber des Papiers iſt durch den Beſitz dem Kläger gegenüber als Gläubi-

16) So das öſterr. bürgerl. Geſetzb. § 371, und die hannöverſche Verordnung vom 20. Jänn. 1826 § 2 (vgl. Renaud § 5. Schumm S. 67. Thöl § 55 Note 21). Was Wechſel anbetrifft, ſo iſt die gleiche Beſtimmung durch die D. W. O. Art. 74 getroffen worden, daß der gutgläubige Erwerber des Papiers die Wechſelforderung erwerbe (vgl. Liebe Einl. S. 196 fg., mit deſſen Argumentation ich mich jedoch nicht einverſtehen kann). Vor der Einführung der D. W. O. war gemeinrechtlich allerdings die ſ. g. Vindication des Wechſels unbedingt zuläſſig (vgl. Renaud W. R. § 89 und Seuffert's Arch. Bd. III Nr. 93 Bd. VII Nr. 347) und nach dem Recht mancher Länder z. B. nach engliſchem Recht verhält ſich dieß ebenſo; vgl. Krit. Zeitſchr. für die Rechtswiſſ. des Ausl. Bd. III S. 211. Liebe Einl. S. 133.

17) Solche Geſetzgebungen finden ſich angeführt bei Renaud S. 351.

18) A. L. R. I 15 § 45—47, vgl. Renaud S. 351.

19) Urtheile von Gerichten für die Ausſchließung der Vindication gegen gutgläubige dritte Beſitzer vgl. in Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 4 Bd. VI Nr. 313 Bd. VII Nr. 152 Bd. IX Nr. 206. 331 Bd. X Nr. 201.

20) Vgl. Savigny Obl. R. II S. 141 und Beſeler Syſtem III § 125 Nr. VI.

21) Vgl. Thöl § 55 III Nr. 2. Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 201. In ähnlicher Weiſe iſt bei Ordrepapieren der Kläger auch dem dritten Inhaber gegenüber durch eine Reihe bis auf ihn herabgehender Indoſſamente legitimirt (Art. 36 D. W. O.). In ähnlicher Weiſe iſt ferner dort, wo

ger legitimirt.[22]) Es iſt daher die Aufgabe des Klägers, dieſe Legitimation durch Gegenbeweis zu zerſtören, und nachzuweiſen, daß der gegenwärtige Inhaber des Papiers nicht der Forderungsberechtigte ſei. Iſt ihm dieſer Gegenbeweis gelungen, ſo wird der Beklagte zur Herausgabe des Papiers verurtheilt, weil er als Nichtforderungsberechtigter, der Kläger aber durch Nachweiſung ſeines früheren Beſitzes als Gläubiger erſcheint, daher der Beklagte, deſſen Legitimation durch Gegenbeweis zerſtört wurde, ſelbſt wieder die im früheren Beſitz liegende Legitimation des Klägers durch Gegenbeweis zerſtören muß, um vor der Verurtheilung in die Herausgabe des Papiers geſchützt zu ſein.[23]) Der Gegenbeweis, den der Kläger zu führen hat, um die im Beſitz des Beklagten liegende Legitimation desſelben zu zerſtören, wird verſchieden ſein, jenachdem der Grundſatz gilt, daß der bonae fidei Erwerber des Papiers das Forderungsrecht erwerbe oder nicht. Im letzteren Falle genügt der Beweis, daß das Papier dem Kläger ohne ſein Wiſſen und Wollen abhanden gekommen ſei (z. B. daß ihm das Papier geſtohlen worden ſei), oder daß er zwar die Innehabung des Papiers, nicht aber die Forderung übertragen habe (z. B. daß er das Papier bloß de-

öffentliche Bücher eingeführt ſind, der mit der Vindicationsklage auftretende Kläger durch ſeine frühere Eintragung als Eigenthümer legitimirt; ihm gegenüber liegt aber in der ſpäteren Intabulation des Beklagten der Beweis recentioris dominii, welchen Kläger durch Gegenbeweis zu zerſtören hat. — Die Auffaſſung des hier vorliegenden Forderungsſtreits als eines Eigenthumsſtreits am Papier hat öfters zu der irrigen Anſicht verleitet, daß der Kläger ſein Eigenthumsrecht am Papier oder doch einen titulirten Beſitz nachweiſen müſſe, vgl. z. B. Seuffert's Note 2 zu dem angef. Urtheil.

22) Auch bei Wechſeln iſt der Inhaber durch eine Reihe von Indoſſamenten oder den Beſitz dem Kläger gegenüber als Forderungsberechtigter legitimirt; vgl. Jolly im Archiv f. Wechſelr. IV S. 38. 39. — Vgl. Seuffert's Archiv Bd. IX Nr. 206 in Verbindung mit Nr. 231.

23) Vgl. Thöl a. a. O. Es kommt alſo auch hier der Grundſatz zur Anwendung, in pari causa melior est conditio possidentis.

ponirt, commodirt habe);[23a]) im erſten Falle muß der Kläger nachweiſen, daß der Erwerber des Papiers bei der Erwerbung in dolo oder culpa lata geweſen ſei.[24]) Während des Prozeſſes, den der Gläubiger gegen den Inhaber des Papiers führt, kann es leicht geſchehen, daß dieſer ſich an den Schuldner um Zahlung wendet, welche dieſer leiſten muß.[25]) Es liegt daher im Intereſſe des klagenden Gläubigers, dem zuvorzukommen. Dieß geſchieht dadurch, daß er auf Arreſtirung des Papiers während des Prozeſſes oder auf Zahlungsſperre[26]) anträgt, oder den Schuldner auffordert, ihm von der Forderung des beklagten Inhabers Nachricht zu geben, um in dem Prozeß zwiſchen dieſem und dem Schuldner zu interveniren. Aber auch ſchon die bloße Kenntniß von einem obſchwebenden Streite wird den Schuldner wohl berechtigen, bis zum Austrag des Prozeſſes die Zahlung an den ſich meldenden Inhaber gegen gerichtliche Hinterlegung des Schuldgegenſtandes zu verweigern.[27])

§ 22.

Der bei Obligationen aus Ordre- und Inhaberpapieren unzweifelhaft geltende Grundſatz, daß der Ausſteller reſp. Accep-

23 a) Gegen den Depoſitar, Commodatar u. ſ. f. hat der Gläubiger natürlich die perſönliche Contractsklage auf Rückſtellung des Papiers.

24) Vgl. Art. 74 D. W. O. Thöl § 54d u. Seuffert's Arch. Bd. X Nr. 201 Bd. VII Nr. 347. Hat der Beſitzer des Papiers, der vom Gläubiger hätte belangt werden können, das Papier an einen Dritten weitergegeben, der bei der Erwerbung desſelben in bona fide war, ſo fragt es ſich, ob der frühere Gläubiger, der hiemit ſeines Forderungsrechtes verluſtig geht, eine Klage gegen den Veräußerer des Papiers habe, welcher Natur ſie ſei und worauf ſie gehe: die Unterſuchung dieſer Materie würde jedoch hier zu weit führen; vgl. indeß Thöl § 290 I. Jolly im Arch. f. Wechſelr. Bd. IV S. 39—42 und Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 346.

25) Vgl. Renaud S. 350.

26) Vgl. Bayer Theorie des ſummar. Prozeſſes § 23 § 24. Zimmermann im Arch. für die civil. Prax. Bd. XXXVI S. 62. 66.

27) Bluntſchli Wechſelr. S. 118. 119; a. A. Jolly a. a. O. S. 14.

tant dem jeweiligen Inhaber reſp. Indoſſatar Einreden aus der Perſon eines früheren Inhabers oder Indoſſanten (ſ. g. exceptiones ex persona indossantis) entgegenzuſetzen nicht berechtigt ſei (vgl. Art. 82 D. W. O.), erklärt ſich bei der hier entwickelten Auffaſſung dieſer Obligationen in ganz einfacher Weiſe.[1]) Die Obligation aus Ordre- und Inhaberpapieren iſt eine formelle, ſie geht auf andere Perſonen durch Delegation über; bei der Delegation aber iſt der Delegat nicht befugt, die Einreden, die ihm gegen den Deleganten zuſtanden, gegen den Delegatar zu gebrauchen, weil der Delegatar nicht in die alte Obligatio eintritt, ſondern eine neue begründet wird.[2]) l. 19 D. de novat. et deleg. (46, 2) Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est; idemque est in ceteris similibus exceptionibus. l. 12 l. 13 eod. (cf. l. 4 § 20 § 21 D. de dol. mal. except. 44, 4 l. 8 § 2 D. ad Sc. Vellej. 16, 1 l. 9 § 1 D. de condict. c. d. c. n. s. 12, 4 l. 1 § 10 § 11 D. quar. rerum act. 44, 5 l. 46 § 2 D. de J. D.). Dagegen kann der Delegat alle Einreden, die ihm gegen den Delegatar zuſtehen, ohne weiters gebrauchen[3]) (vgl. Art. 82 D. W. O.), ſo auch insbeſondere die Einrede der Compenſation. Manche neuere Schriftſteller ſind zwar ſo weit gegangen, dieſe letztere Einrede für unzuläſſig zu erklären (ſo z. B. Bluntſchli Deutſches Privatrecht II § 117 Nr. 3, Beſeler Syſtem III § 225 Note 11, Gengler Lehrb. S. 171

1) Auch die Unzuläſſigkeit der exceptio legis Anastasianae erklärt ſich aus dem Grunde, daß der Übergang der Forderung nicht auf dem Weg der Ceſſion, ſondern auf dem der Delegation geſchieht.

2) Vgl. Thöl I § 134 Nr. 4. Die Einreden aus der Perſon des Indoſſanten können daher auch nicht im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden; vgl. Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 280 Note 1.

3) Von prozeſſualiſchen Gründen der Unzuläſſigkeit von Einreden wegen Illiquidität im Exekutiv- und Wechſelprozeß wird hier abgeſehen.

Note 7), aber wohl ohne haltbaren Grund. Geht man ſelbſt von der Anſchauung aus, daß „das neuere Handelsrecht ſelbſtſtändige neue Obligationen erzeugt habe, welchen in hohem Maße der Charakter des strictum jus innewohne, und daß daher der altrömiſche Unterſchied zwiſchen negotiis stricti juris und bonae fidei auch noch im neuen Rechte Bedeutung habe“ (Bluntſchli Wechſelr. S. 6) und ſieht man auch die Obligationen aus Wechſeln und Inhaberpapieren als ſolche stricti juris negotia an, aus denen stricta judicia entſpringen, ſo kann man doch aus dieſem Grunde nicht, wie Bluntſchli Wechſelrecht S. 125 es thut, die Compenſationseinrede im Prozeß aus Wechſeln oder Inhaberpapieren für unzuläſſig erklären, da ja auch nach römiſchem Rechte bei stricti juris judiciis die Compenſationseinrede zuläſſig war;[4]) § 30 I. de act. (4, 6) — sed et in strictis judiciis ex rescripto D. Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. cf. l. 4 l. 5 l. 10 § 3 l. 15 D. de compens. (16, 2). Die Einrede der Compenſation iſt daher unzweifelhaft auch im Prozeß aus Wechſeln[5]) und Inhaberpapieren[6]) zuläſſig. Wenn nach manchen Partikularrechten z. B. nach preußiſchem Rechte (A. L. R. II 8 § 923)[7])

---

4) Vgl. Dernburg Die Compenſation nach röm. Recht mit Rückſicht auf die neueren Geſetzgebungen (1854) § 17 fg.

5) Dafür erklären ſich mit Recht die meiſten Schriftſteller; vgl. Thöl II § 296. Renaud § 79 Note 9; Archiv für Wechſelr. II S. 426 V Nr. 26; Dernburg a. a. O. S. 398.

6) Vgl. Renaud in der angef. Abhandl. S. 344; Dernburg a. a. O. Ein Erkenntniß in Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 194 ſpricht ſich zwar gegen die Zuläſſigkeit der Compenſationseinrede aus, aber vgl. dagegen die Bemerkung in Note 1 zu jenem Erkenntniß.

7) Vgl. hierüber Borchardt im Arch. f. Wechſelr. I S. 201. Daß auch in Oeſterreich der Wechſelſchuldner mit einer ihm gegen den Kläger zuſtehenden Gegenforderung compenſiren könne, wird mit Recht vertheidigt im Magazin für Rechts- und Staatswiſſenſchaft Bd. II (1850) Nr. V; nur

eine Wechſelforderung nur wieder mit Wechſelforderungen compenſirt werden kann, ſo erklärt ſich dieß daraus, daß nach jenen Rechten der Begriff der Gleichartigkeit der Forderung in eigenthümlicher Weiſe aufgefaßt wird, wonach klagbare und unklagbare Forderungen, Wechſelforderungen und andere Forderungen als ungleichartig und daher zur Compenſation nicht geeignet erſcheinen.

Die Obligationen aus Ordre- und Inhaberpapieren ſind formeller Natur d. h. ſie ſind abgelöſt von der materiellen Cauſa, in ihrer Entſtehung und Exiſtenz unabhängig von dem ſie veranlaſſenden Geſchäft. Dennoch übt der Beſtand des materiellen Verhältniſſes auf die Wirkſamkeit der formellen Obligation den wichtigſten Einfluß aus; der natürliche Zuſammenhang der Obligation mit ihrer Cauſa wird auf indirektem Wege dadurch hergeſtellt, daß die Obligation aus Mangel der Cauſa anfechtbar iſt: das dem Formalcontract unterliegende materielle Verhältniß gelangt auf dieſem Umweg wieder zu der ihm gebührenden Berückſichtigung.[8]) Die Anfechtung der Obligation kann in

---

darüber könnte man zweifeln, wie das Erforderniß der Gleichartigkeit der Forderung nach öſterr. Recht (§ 1438 des bürgerl. Geſetzb. vgl. Zeiller Commentar Bd. IV S. 166) zu verſtehen ſei: die Löſung dieſes Zweifels gehört jedoch nicht an dieſen Ort.

8) Manche neuere Schriftſteller, insbeſondere Thöl § 154. 184. 298 ſind ſo weit gegangen zu behaupten, daß „die dem Wechſelvertrag unterliegenden Verhältniſſe ohne allen Einfluß auf das Recht aus demſelben und für dieſes ganz gleichgültig ſeien;“ wäre dieſe Anſicht, welche Thöl übrigens nicht conſequent durchführt (vgl. Bd. II § 297 Nr. I), richtig, ſo würde unſer heutiger formeller Contract in der That an jenem „rohen und hölzernen Formalismus“ leiden, von dem die römiſche Jurisprudenz durch Geſtattung einer Condiktion und Exception den Formalcontract zu befreien verſtanden hat. Die im Text ausgeſprochene Anſicht wird vertheidigt von Liebe Erläuter. S. XVII fg. S. 37 fg. 41 fg. 163 fg. und von Weber (§ 7 der Note 33 angef. Abhandl.) in einer tüchtigen Ausführung; auch die Motive des preuß. Entw. (S. VII. VIII) ſagen, „daß der Wechſel und die darauf be-

zweifacher Weiſe geſchehen,[9]) im Wege einer Condiction der Obligation, d. h. einer Klage auf Zurückſtellung des sine causa in das Vermögen des Promiſſars übergegangenen Forderungsrechtes, und im Wege einer Einrede (exceptio doli).[10]) Dieſes in Geſtalt einer condictio oder exceptio auftretende Anfechtungsrecht iſt aber ſtreng perſönlicher Natur; dieß zeigt ſich darin, daß in denjenigen Fällen, wo das Verſprechen ſeine Cauſa aus dem Verhältniß zu einem Dritten entnimmt, die Mängel der Cauſa nicht dem Promiſſar, ſondern nur jenem Dritten gegenüber geltend gemacht werden können. Dieſe Regel, welche insbeſondere für Delegationen wichtig iſt (l. 12 l. 13 l. 19 cit.) iſt deßhalb für die hier vorliegenden Verhältniſſe von der größten Bedeutung, weil der Verkehr mit Inhaber- und Ordrepapieren auf dem Princip der Delegation beruht. Bei Ordre- und Inhaberpapieren gilt demnach die wichtige Regel, daß die exceptio doli wegen Mangel der Cauſa den ſpäteren Nehmern des Papiers nicht entgegengeſetzt werden kann. Wenn daher die Ausſtellung eines Inhaberpapiers oder eigenen Wechſels zum gleichzeitigen Austauſch mit einer vom Ausſteller zu empfangenden Geldſumme beſtimmt war, ſo kann der Ausſteller Dritten gegenüber ſich nicht auf den Mangel der Cauſa d. h. darauf berufen, daß er das Geld nicht erhalten habe: er hat nur gegen den erſten

---

züglichen wechſelmäßigen Erklärungen als einſeitige Formalcontracte zu betrachten ſeien, welche von Wechſelfähigen in vorgeſchriebener Form ausgeſtellt, ohne Rückſicht auf Zweck und Veranlaſſung zur Bezahlung der Wechſelſumme verpflichten, unbeſchadet der perſönlichen Beziehungen, der etwaigen Einreden und Gegenanſprüche, welche aus dem der Ausſtellung der Wechſelerklärung zum Grunde liegenden Rechtsverhältniſſe zwiſchen den einzelnen Betheiligten hervorgehen können."

9) Vgl. Bähr § 25.

10) l. 1 pr. D. de cond. s. c. (12, 7) l. 76 D. de J. D. (23, 3) l. 5 § 1 D. de A. E. V. (19, 1) l. 24 D. de cond. indeb. (12, 6) l. 2 § 3 D. de dol. mal. except. (44, 4).

Nehmer des Papiers eine Condiction auf Liberation d. h. hier auf Deckung. Dem heutigen Sprachgebrauch zufolge: die Einrede mangelnder Valuta kann von dem Ausſteller eines Inhaberpapiers oder eines eigenen Ordre- oder Rektawechſels [11]) ſpäteren Nehmern [12]) des Papiers nicht entgegengeſetzt werden. Hat ferner z. B. der Traſſat einen Wechſel acceptirt, weil laut dem Avisbrief der Wechſel für eine in der That nicht vorhandene Schuld des Traſſanten gegen den Traſſaten gezogen worden iſt, der Traſſat aber dieſe Schuld irrthümlich für beſtehend hielt, ſo kann er dem Remittenten und den Indoſſataren die exceptio doli nicht entgegenſetzen, ſondern hat bloß eine Klage gegen den Traſſanten auf Liberation d. h. hier auf Deckung. [13]) Im heutigen Sprachgebrauch: die Einrede mangelnder Deckung kann den Wechſelgläubigern nicht entgegengeſetzt werden. [14])

Die angegebene Regel zeigt ſich in folgenden Anwendungen. 1) Wenn ein Hausſohn für ein Gelddarleihen eine Stipulation eingeht, ſo ſteht auch dieſer Stipulation die exceptio Sc. Macedoniani entgegen; [15]) delegirt aber der ſtipulirende Gläu-

---

11) Vgl. Thöl § 270 II.

12) Dem erſten Nehmer des Papiers ſtünde allerdings die Einrede der mangelnden Valuta (exceptio doli) entgegen; es kommt hier ohne weiters die l. 2 § 3 cit. zur Anwendung: si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit — proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit, et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem. § 1 I. de exc. (4, 13) Gaj. IV 116.

13) l. 13 D. cit. Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui delegavit competit. l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4) l. 78 § 5 D. de J. D. (23, 3).

14) l. 5 C. de nov. (8, 42); vgl. Thöl § 297 Nr. II.

15) l. 4 § 3. 4 l. 6 D. de Sc. Maced. (14, 6).

biger dieſe Forderung einer dritten Perſon, und geht der Hausſohn mit dieſer Perſon den novirenden Vertrag ein, ſo ſteht dem Delegatar die exceptio Sc. Macedoniani nicht entgegen.[16]) Ebenſo verhält es ſich, wenn der Hausſohn für ein Geldbarleihen ein Inhaberpapier oder einen eigenen Ordre- oder Rektawechſel ausſtellt: ſpäteren Nehmern des Papiers ſteht die fragliche Einrede nicht entgegen, wohl aber dem erſten[17]) Nehmer desſelben,[18]) wenn er als ſolcher klagt.[19]) 2) Wenn der

---

16) l. 19 D. de novat. — nam adversus creditorem, cui delegatus est, ab eo qui mutuam pecuniam contra Sc. dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra Sc. fit, tanto magis quod hic nec solutum repetere potest.

17) Iſt der erſte Nehmer des Papiers der Geber des Geldes, z. B. der Darleiher empfängt das Inhaberpapier, auf ſeinen Namen wird der eigene Rekta- oder Ordrewechſel ausgeſtellt oder die Tratte lautet an deſſen eigene Ordre, ſo hat die Anwendung der exceptio Sc. Maced. wohl kein Bedenken (vgl. jedoch Note 18); iſt aber der erſte Nehmer des Papiers ein Dritter, z. B. der Darleiher ſtellt eine Tratte an den C aus, welche der Hausſohn acceptirt, oder der Hausſohn gibt das Inhaberpapier auf die Anweiſung des Darleihers ſofort einem Dritten, ſo fragt es ſich, ob die Vorſchrift der l. 7 § 7 D. de Sc. Mac. zur Anwendung kommen könne: Proinde et si alius mutuum dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio licet hic non dederit —. Ich glaube, daß dieſe Einrede dem Dritten allerdings dann entgegengeſetzt werden könne, wenn ihm die Verhältniſſe bekannt waren, d. h. wenn er wußte, daß der Hausſohn, deſſen Qualität er kennen muß (l. 19 D. de R. J.) das Papier für ein empfangenes Darlehen ausſtelle.

18) A. A. Thöl § 154 Note 8; er meint, „das Bedenken, daß Hausſöhne bei Darleihen durch das Sc. Maced. geſchützt ſeien, erledige ſich dadurch, daß der Wechſelvertrag kein Darlehensvertrag ſei und das unterliegende Verhältniß für die Wechſelverpflichtung gleichgültig ſei.“ Allein mit ebenſoviel Recht hätten die römiſchen Juriſten ſagen müſſen, die Stipulation ſei kein Darlehensvertrag (wenigſtens kein wirklicher, wenn auch vielleicht ein Darlehen bei der Stipulation fingirt wurde, Savigny Syſtem V Beil. XIV Nr. X) und das unterliegende Verhältniß ſei für die Stipulationsverpflichtung gleichgültig. Wenn Thöl ferner meint, daß der Hausſohn durch Geſtattung der Einrede aus dem unterliegenden Darlehn faktiſch beinahe wechſelunfähig wäre, da die Wechſel, welche er gebe, der Nehmer nicht werde weiter begeben können, ſo behebt ſich dieſer Einwurf mit der im Text ge-

Schuldner durch Betrug (dolus) zur Eingehung der Stipulation oder zur Ausſtellung des Inhaberpapiers oder des eigenen Wechſels bewogen wurde, ſo ſteht ihm zwar gegen den doloſen erſten Nehmer[20]) des Papiers, nicht aber gegen ſpätere Nehmer die exceptio doli zu.[21]) 3) Wenn Jemand ex turpi causa ein Stipulationsverſprechen leiſtet, ſo ſteht der klagweiſen Realiſirung des Verſprechens die exceptio doli entgegen;[22]) iſt nun dieſe Obligation im Wege der Delegation novirt worden, ſo ſteht dem neuen Gläubiger die exceptio doli nicht entgegen (l. 12 l. 19 D. cit.). Ebenſo verhält es ſich, wenn ex turpi causa ein Inhaber- oder Ordrepapier ausgeſtellt wird: den ſpäteren Nehmern des Papiers kann die exceptio doli nicht entgegengeſetzt werden, wohl aber dem erſten Nehmer als ſolchem.[23])

---

machten Unterſcheidung von ſelbſt. — Bähr § 68 meint, daß in dieſem wie überhaupt in den folgenden im Text behandelten Fällen die Einrede ſelbſt dem erſten Nehmer des Papiers nicht entgegengeſetzt werden könne; allein dieſe Behauptung geht aus Bähr's wohl gewiß unrichtiger Anſicht hervor, daß „der erſte Wechſelnehmer nicht Gläubiger für ſeine Perſon, ſondern als Repräſentant des Papiers ſei; das Papier aber ſei mit keiner Exception behaftet" (S. 278). — Der hier verworfenen Anſicht iſt auch Renaud § 79 Note 8; für die hier vertheidigte Anſicht vgl. Archiv f. Wechſelr. III S. 100. 101.

19) Wenn alſo der erſte Nehmer des Papiers das Papier ſpäter wieder im Weg der Delegation z. B. als Indoſſatar an ſich bringt, ſo ſteht ihm dieſe Einrede nicht entgegen.

20) § 1 I. de except. (4, 13) vgl. Thöl § 298 a. E. — Sollte der doloſe erſte Nehmer des Papiers ein Dritter, etwa der Remittent in einer Tratte ſein, ſo ſteht auch gegen ihn, wenn und weil er am Dolus Antheil nahm, die exceptio doli entgegen; cf. l. 4 § 19 D. de dol. mal. except. (44, 4).

21) l. 2 § 1 l. 4 § 20 § 21 § 33 D. de dol. mal. except. (44, 4) cf. l. 1 § 10 § 11 D. quar. rer. act. (44, 5).

22) l. 8 D. de cond. ob turp. caus. (12, 5) l. 5 C. eod. tit. (4, 7).

23) Wenn nur auf Seite des Promiſſars die turpitudo vorhanden iſt, ſo hat der Ausſteller des Papiers im Fall der Weiterbegebung gegen den

4) Ebenſo iſt endlich die Einrede des Wuchers und der Spielſchuld zwar dem erſten Nehmer des Papiers, nicht aber ſpäteren Nehmern gegenüber zuläſſig.[24])

Es gibt Fälle, in denen nach römiſchem Recht eine aus dem Verhältniß zwiſchen dem Deleganten und dem Delegaten entſpringende Exceptio ausnahmsweiſe vom Delegaten auch dem Delegatar entgegengeſetzt werden darf. Es iſt zu unterſuchen, ob dieſe Ausnahmen auch bei Inhaber- und Ordrepapieren gelten. Es ſind folgende: 1) Der Delegatar muß ſich die Exception aus dem Verhältniß des Delegaten zum Deleganten gefallen laſſen, wenn er für die Delegation nichts aufgeopfert hat, wenn ihm ſomit der Schuldner ſchenkungsweiſe delegirt wurde.[25]) Es iſt dieß nichts anderes als eine Anwendung der allgemeinen Ausnahme von der Regel de dolo auctoris exceptio non objicitur, wonach bei Erwerbung von Rechten

---

Promiſſar eine Klage auf Deckung, weil dieſem auch das Gezahlte abgefordert werden könnte (l. 1 § 2 l. 4 § 2 D. 12, 5); war aber auf beiden Seiten turpitudo vorhanden (utriusque turpitudo versatur), ſo fällt der Anſpruch auf Deckung hinweg, weil auch solutae quantitatis cessat repetitio (l. 5 C. h. t. 4, 7 l. 3 l. 4 pr. § 1 l. 8 D. 12, 5). Ebenſo verhält es ſich bei Tratten, wenn der Remittent ein Dritter iſt.

24) Vgl. Liebe Erläuter. S. 41. 42; in dieſem Punkt ſtimmt auch Thöl § 297 I überein; unrichtig iſt es, wenn Weber § 9 dieſe Einrede nicht bloß gegen den erſten, ſondern auch gegen alle folgenden Nehmer des Papiers zulaſſen will. Wenn der erſte Nehmer das Papier weiterbegibt oder wenn das Papier eine auf einen Dritten lautende Tratte iſt, ſo hat der Ausſteller des Papiers reſp. der Acceptant gegen den erſten Nehmer reſp. den Traſſanten eine Klage auf Deckung, weil das aus der Spielſchuld oder dem wucheriſchen Vertrag Gezahlte zurückgefordert werden kann; l. 2 § 1 D. quar. rer. act. (44, 5) l. 2 § 1 — l. 4 D. de aleat. (11, 5) l. 1—3 C. eod. tit. (3, 43) l. 26 pr. § 1 D. de cond. ind. (12, 6).

25) Vgl. Savigny IV S. 598 Note 6. Errleben Die condictiones sine causa Abthl. I S. 170. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation (1850) § 13.

(dinglichen oder perſönlichen) dem Erwerber des Rechtes de dolo auctoris exceptio objicitur, wenn der Erwerb des Rechts ex causa lucrativa erfolgte; l. 4 §§ 29. 31 D. de dol. mal. except. (44, 4). Im Zuſammenhang hiermit ſteht die Beſtimmung der l. 2 § 3 D. de donat. (39, 5) l. 7 pr. D. de dol. mal. except. (44, 4) wonach ſich der Delegat, der als vermeintlicher Schuldner des Deleganten einer Perſon, welcher der Delegant zu ſchenken beabſichtigte, das Verſprechen leiſtet, auch gegen den Delegatar mit der exceptio doli ſchützen kann.[26]) 2) Iſt der Schuldner durch Furcht (ſ. g. pſychologiſchen Zwang, vis compulsiva)[27]) zur Eingehung des Vertrags bewogen worden, ſo ſteht auch jedem ſpäteren Delegatar die Einrede der Furcht entgegen, da die exceptio metus bekanntlich in rem scripta iſt. l. 4 § 33 D. de dol. mal. except. (44, 4) — exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit, enimvero metus causa exceptio in rem scripta est, si in ea re nihil metus causa factum est; ut non inspiciamus, an is qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit. Dieſe beiden Ausnahmen gelten nun bei Inhaber- und Ordrepapieren ohne Zweifel nicht; ſie ſind ganz entſchieden Einreden, welche aus der Perſon des Vormanns (ex persona auctoris) genommen werden, und ſolche ſind bei Inhaber- und Ordrepapieren ausgeſchloſſen (vgl. Art. 82 D. W. O.). 3) Ebenſo verhält es ſich mit der Beſtimmung des römiſchen Rechts, wonach der Delegat, der als vermeintlicher Schuldner des Deleganten von dieſem einem vermeintlichen Gläubiger de-

26) Über dieſen Fall vgl. Errleben S. 166 fg.

27) Wäre der Zwang ein ſ. g. mechaniſcher, phyſiſcher (vis absoluta) geweſen, ſo wäre der ganze Vertrag null und nichtig; vgl. Thöl § 298 Note 2.

legirt worden iſt, dem Delegatar die exceptio doli entgegenzuſetzen befugt iſt; l. 2 § 4 D. de donat. (39, 5) l. 7 § 1 D. de doli mal. except. (44, 4).[28]) Bei Inhaber- und Ordrepapieren wird dieſe aus juriſtiſch-ökonomiſchen Rückſichten (cf. l. 8 § 4 D. ad Sc. Vellej. 16, 1) hervorgegangene Beſtimmung wohl nicht gelten.

Es ſoll hier noch des Falles der Interceſſion von Frauensperſonen gedacht werden, welche in Geſtalt der Ausſtellung von Wechſeln oder ſonſtigen Ordre- und Inhaberpapieren vor ſich geht. Hier kommen ohne weiters die Grundſätze des römiſchen Rechtes zur Anwendung.[29]) Dieſen zufolge ſteht dem erſten Gläubiger, bei welchem die Frau für die Schuld (privative oder cumulative) intercedirt hat, die exceptio Sc. Vellejani entgegen; hat dieſer Gläubiger jedoch die Frau als ſeine Schuldnerin in Folge der Interceſſion (quasi debitrix) einem Dritten delegirt, ſo kann ſich die Frau dem Delegatar[30]) gegenüber mit der exceptio Sc. Vellejani nicht ſchützen,[31]) weil dieſe Einrede dort hinwegfällt, wo die Frau, um ihre eigene Schuld zu tilgen, expromittirt hat.[32]) Bei Ordre- und Inhaberpapieren insbeſon-

---

28) Vgl. über dieſe Stellen Errleben S. 162 fg.

29) l. 2 § 4 D. ad Sc. Vellej. (16, 1) Omnis omnino obligatio Sc. comprehenditur, sive verbis sive re sive quocunque alio contractu intercesserint.

30) l. 8 § 2 D. h. t.; über dieſe Stelle vgl. Glück Bd. XIV S. 463 fg. Mit dieſer Stelle ſteht die l. 19 D. de novat. nicht im Widerſtreit, da ſie vorausſetzt, daß in der zweiten Promiſſion gleichfalls eine Interceſſion liegt, vgl. Glück S. 468 Note 83. Errleben a. a. O. § 9 Note 11 a. E.

31) Von dem erſten Gläubiger aber kann die Frau mittelſt der condictio indebiti verlangen, daß ſie von der übernommenen Verbindlichkeit befreit werde; l. 8 § 2 i. f. D. h. t. l. 12 l. 13 D. de novat.

32) l. 24 pr. D. h. t. Debitrix mulier a creditore delegata pro eo, cui delegata est, promisit: non utetur exceptione. l. 2 C. h. t. (4, 29).

dere bei Wechſeln[33]) ſteht daher gleichfalls dem erſten Nehmer des Papiers ſo wie dem Remittenten die exceptio Sc. Vellejani entgegen,[34]) nicht aber ſpäteren Nehmern des Papiers, weil hier die Frau immer quasi debitrix promittirt: es ſind daher nicht ſo viele Interceſſionen als Delegationen, ſondern es iſt nur eine Interceſſion vorhanden (scilicet ut si quasi debitrix delegata est, una intercessio est l. 8 § 2 D. h. tit.).

---

33) Ob bei Wechſeln durch die Beſtimmung des Art. 1 D. W. O. die Beſtimmungen des röm. Rechts über Interceſſionen von Frauensperſonen für beſeitigt anzuſehen ſeien oder nicht, iſt ſtreitig; die Conferenzprotokolle (S. 4 der Quartausg.) ſprechen ſich nicht beſtimmt aus (vgl. Weber im Arch. für prakt. Rechtswiſſ. Bd. III 1855 Nr. VII § 5); ich halte die letztere Anſicht für die richtige. — Die Anwendbarkeit der Vellejaniſchen weiblichen Rechtswohlthaten im Wechſelrecht iſt bekanntlich ſehr beſtritten; für die im Text vertheidigte Anſicht Liebe Erläut. S. 37. 38. 41. 163. Souchay in der Zeitſchr. f. deutſches Recht Bd. XII S. 317 fg. Purgold im Arch. f. Wechſelr. Bd. IV Nr. VII. Weber in der angef. Abh.; dagegen Gelpke in ſ. Zeitſchr. f. Handelsr. Heft III Nr. VI. Renaud § 79 Note 8. Thöl § 154 Note 7. Bähr § 68. Was insbeſ. die Anſicht Thöl's betrifft, daß der Wechſelvertrag keine Interceſſion ſei, ſo könnte man mit ebenſoviel Recht ſagen, die Interceſſion in Form der Stipulation ſei unanfechtbar, da die Stipulation keine Interceſſion, ſondern ein ſelbſtſtändiger Vertrag ſei; auch iſt ja die Interceſſion kein eigenes Rechtsgeſchäft; gegen Thöl vgl. die guten Ausführungen von Weber § 7, der aber ſelbſt wieder in den Irrthum fällt, dieſe Einrede auch dritten Nehmern des Papiers gegenüber für zuläſſig zu halten (§ 9).

34) Wäre der Wechſel eine Tratte, welche der Schuldner an die Ordre des Gläubigers auf die acceptirende Frau zieht, ſo wird dem Remittenten ſchon durch die Beſtimmung der l. 8 § 8 D. h. t. geholfen. — Hätte der Nehmer des Papiers z. B. der Remittent, auf den der Gläubiger, bei dem die Frau intercediren will, die Tratte ausſtellt, nicht gewußt, daß es ſich um eine Interceſſion handle, dann kann ſchon nach den Beſtimmungen des röm. Rechts die Einrede gegen ihn nicht ſtattfinden l. 12 D. h. t. Imo tunc locus est Sc. Vellejano, cum scit creditor eam intercedere l. 11 l. 17 eod. — Hätte die Frau als Intercedentin die Tratte ſelbſt ausgeſtellt und zwar auf ihren Schuldner ſie gezogen, ſo iſt ein ſolches Geſchäft ohnehin unanfechtbar l. 8 § 5 D. h. t.; wäre der Bezogene aber nicht ihr Schuldner, ſo hätte dieſer zwar gegen den Remittenten nicht die exceptio, welche ihm l. 8 § 6 D. h. t. einräumt, der Frau würde aber gegen den Remittenten geholfen.

§ 23.

Für die Aufhebung der aus Ordre- und Inhaberpapieren entſpringenden Obligationen gelten im Ganzen die gleichen Grundſätze, wie für die Aufhebung der Obligationen überhaupt. Was insbeſondere den Grundſatz anbetrifft: Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur (l. 153 D. de R. J. l. 100 eod.), ſo macht ſich derſelbe, wie bei Conſenſualobligationen in der Aufhebung derſelben durch mutuus dissensus, wie bei Verbalobligationen (Stipulationen) in der Aufhebung durch Worte (acceptilatio),[1]) ſo bei den Literalobligationen in der Aufhebung der Obligation durch Durchſtreichen der Schrift, Vernichten oder Zurückgeben und Zurücknehmen des Papiers geltend.[2]) Es kommt aber bei Ordre- und Inhaberpapieren eine Eigenthümlichkeit in Anſehung der Befreiung des Schuldners durch Zahlung vor, welche näher geprüft zu werden verdient.

Es iſt ein unbeſtrittener Grundſatz, daß der Ausſteller eines Ordre- oder Inhaberpapiers, der ſeine Schuld bezahlt hat, einem ſpäteren Indoſſatar oder Inhaber des Papiers die Einrede der geſchehenen Zahlung (ſ. g. exceptio solutionis) nur in dem Falle entgegenzuſetzen befugt iſt, wenn die geſchehene Zahlung auf dem Papier angemerkt worden iſt.[3]) Über den Grund dieſer Regel hat man verſchiedene Anſichten aufgeſtellt, welche aber zumeiſt wohl nur eine petitio principii enthalten. Hieher

---

1) l. 35 D. de R. J. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. l. 80 D. de sol. (46, 3).

2) Vgl. Thöl § 298 § 180 Note 3.

3) Seuffert's Archiv IX Nr. 68. 207.

gehört z. B. die Behauptung, daß die Einrede der geſchehenen Zahlung erſt dann eine aus dem Wechſelrecht hervorgehende ſei (Art. 82 D. W. O.), wenn die Zahlung auf dem Wechſel bemerkt wurde (Renaud § 79); oder daß, da die Wechſelſchuld auf dem Wechſel beruhe und von formeller Natur ſei, dieſelbe nicht ſchon durch einfache Zahlung getilgt werde (Bluntſchli W.R. S. 79);[4]) ferner die Behauptung, daß die Form für das Recht aus allen Wechſelverſprechen erſt dann zerſtört ſei, wenn das Papier die ganz allgemeine Bemerkung, daß gezahlt ſei, enthalte (Thöl § 294 II § 295 II); ebenſo endlich die Behauptung, daß es zur Tilgung einer Schriftobligation durchaus eines contrarius actus im ſtrengſten Sinne bedürfe, um den Schuldner vollkommen zu befreien (Kuntze Die Obligatio S. 257. 258). Was dieſe letztere Behauptung anbelangt, ſo darf man wohl fragen, warum hier nicht der Grundſatz der l. 107 D. de solut. eintreten ſoll und ob man wohl auch geneigt wäre zu behaupten, daß der altrömiſche Literalcontract im Unterſchied von der Stipulation nicht ipso jure durch solutio getilgt worden ſei, ſondern nur durch contrarius actus im ſtrengſten Sinne? Auch iſt zu erwägen, daß die solutio, wie ſchon ihr Name ſagt, die eigentliche Löſung der Obligation iſt, weßhalb denn auch von der Acceptilatio geſagt wird, daß ſie solutionis exemplo solet liberare (l. 5 D. de accept. 46, 4), und daß daher dort, wo ſolvirt wurde, eine Acceptilatio geradezu undenkbar iſt, weil man ſchon Aufgehobenes nicht noch einmal aufheben kann. Kuntze iſt daher genöthigt, ſeiner Behauptung mit noch anderen Gründen zu Hülfe zu kommen: „es laſſe ſich dem Papier nicht anſehen, ob gezahlt, ob das

4) In ähnlicher Weiſe argumentirt das Note 3 angeführte Erkenntniß Nr. 207.

Papier honorirt ſei, daher müſſe an dem Papier konſtatirt werden, daß die materiellen Bedingungen der Aufhebung ſeiner Geltung vorhanden ſeien; nicht solutio an ſich, ſondern Kaſſation tilge die Obligation aus dem Papier.“ [5])

Der Grund für die fragliche Beſtimmung ſcheint mir folgender zu ſein. In der Ausſtellung eines Ordre- oder Inhaberpapiers liegt die Ertheilung der Vollmacht, im Namen des Ausſtellers mit jedem Dritten den novirenden Vertrag abzuſchließen (§ 18 dieſer Schrift). Der Indoſſatar oder Inhaber des Papiers erſcheint daher durch das Haben des Papiers Dritten gegenüber als bevollmächtigt zur Abſchließung dieſes novirenden Vertrags. [6]) Zahlt der Schuldner dem Indoſſatar oder Inhaber des Papiers, ſo liegt hierin nicht nur eine Aufhebung der zwiſchen ihm und dieſer Perſon beſtehenden formellen Obligation, ſondern zugleich ein Widerruf jener Vollmacht. Iſt die geſchehene Zahlung auf dem Papier bemerkt, ſo liegt hierin ein allgemein erkennbarer Widerruf jener Vollmacht, und der Dritte, der ein ſolches Papier dennoch an ſich bringt, hat ſich ſelbſt den daraus entſpringenden Nachtheil zuzuſchreiben. Iſt da-

---

5) Ich kann daher auch Kuntze nicht beiſtimmen, wenn er behauptet, daß der Schuldner aus der Zahlung zunächſt bloß eine exceptio erlange, nicht Zahlung ſondern Einlöſung liberire ipso jure (S. 258); denn wenn der klagende Inhaber des Papiers derjenige iſt, der die Zahlung empfing, ſo wirkt dieſe ihm gegenüber allerdings ipso jure.

6) Es liegt hierin kein Widerſpruch mit der im § 21 aufgeſtellten Behauptung, daß der Inhaber des Papiers durch den Beſitz allein Dritten gegenüber zur Übertragung der Forderung nicht berechtigt ſei; in letzterem Fall handelt es ſich darum, ob der bisher Berechtigte durch die Handlung eines Dritten um ſein Forderungsrecht kommen könne; in dem vorliegenden Fall dagegen darum, ob der bezahlte Inhaber des Papiers durch den Beſitz noch immer als der zur Novirung Bevollmächtigte des Ausſtellers erſcheint.

gegen die Zahlung auf dem Papier nicht bemerkt worden, ſo erſcheint der Indoſſatar oder Inhaber des Papiers noch immer als bevollmächtigt den novirenden Vertrag im Namen des Schuldners abzuſchließen, und der Ausſteller des Papiers wird durch einen ſolchen Vertrag auch wirklich dem Dritten, der nicht etwa ſelbſt in dolo verſirt, [7]) verbunden. Der in Rede ſtehende Satz iſt ſomit nichts anderes, als eine Anwendung der allgemeinen Regel, daß die dem Dritten ohne deſſen Verſchulden unbekannt gebliebene Aufhebung einer Vollmacht ihm nicht zum Nachtheil gereichen ſoll. Dieſe Regel iſt zwar im römiſchen Rechte, was das Mandat anbelangt, nur zu der Ausbildung gediehen, daß der mit der Aufhebung des Mandats unbekannte Schuldner dennoch von ſeiner Schuld befreit wird, wenn er dem Mandatar auch nach Aufhebung des Mandats zahlt, [8]) während ein anderes von dem Mandatar nach Aufhebung des Mandats mit dem Dritten abgeſchloſſenes Geſchäft den Mandanten nicht bindet. [9]) Allein abgeſehen davon, daß in modernen Geſetzgebungen [10]) die betreffende Regel zu dem Umfange ausgedehnt worden iſt, daß die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht ohne ſein Verſchulden unbekannt blieb, geſchloſſenen Geſchäfte, welcher Art ſie auch immer ſeien, für den Mandanten verbindend bleiben und der Mandant ſich nur an den Mandatar halten

---

7) arg. l. 11 § 4 i. f. D. de instit. act. (14, 3) — nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.

8) l. 12 § 2 l. 34 § 3 D. de solut. (46, 3) § 10 I. mand.

9) l. 41 D. de R. C. (12, 1) Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies. Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienares. Vgl. über dieſe Materie Glück XV § 959.

10) Öſterr. Geſetzb. § 1026 A. L. R. I 13 § 200 Cod. civ. a. 2005.

kann, findet ſich ſelbſt ſchon im römiſchen Rechte ein Verhältniß, in welchem der mit dem Stellvertreter nach der Aufhebung des Repräſentationsverhältniſſes geſchloſſene Vertrag auch für den Repräſentirten bindend bleibt. Dieſes Verhältniß iſt das der Beſtellung eines Inſtitors. Wie die Ertheilung der Prokura bei Anſtellung des Faktors, ſo muß die Aufhebung der Prokura öffentlich bekannt gemacht werden, damit Jeder hinlängliche Kenntniß davon erhalte.[11]) Iſt dieſe Bekanntmachung nicht in gehöriger Weiſe geſchehen, ſo bleibt der Präponent aus den nachher mit ſeinem geweſenen Faktor in deſſen vermeintlicher Eigenſchaft geſchloſſenen Verträgen jenen Contrahenten verpflichtet, denen die Zurücknahme der Prokura ohne ihr Verſchulden unbekannt geblieben iſt; ja dieß gilt ſelbſt in dem Falle, wenn der Dritte durch Dolus des Faktors den Widerruf der Prokura nicht erfahren hätte.[12]) Das Gleiche gilt in dem Falle, wenn der Präponent geſtorben iſt; ſo lange die Erben die Zurücknahme der Vollmacht nicht öffentlich bekannt gegeben haben, findet gegen ſie die inſtitoriſche Klage ſtatt, wenn Jemand auch erſt nach dem Tode des Erblaſſers mit dem Faktor contrahirt hätte.[13]) Ganz dasſelbe gilt auch in dem hier angeführten Falle. So lange der Widerruf der Vollmacht durch eine Notirung auf dem Papier nicht zur allgemeinen Kenntniß gebracht wurde, wird der Ausſteller desſelben ſpäteren Inhabern und Indoſſataren durch die Weiterbegebung des Papiers ver-

---

11) l. 11 § 2 D. de instit. act. (14, 3) — sed si quis nolit contrahi, prohibeat: caeterum qui praeposuit tenetur ipsa praepositione. l. 11 § 5 eod. — neque enim decipi debent contrahentes.

12) l. 11 § 4 D. cit.

13) Ja in dieſem Fall kommt ſogar darauf nichts an, ob der Contrahent wußte, daß der Geſchäftsherr geſtorben ſei oder nicht l. 11 pr. D. cit. l. 17 § 2 eod. vgl. Glück XIV § 893. Thöl I § 31 d.

pflichtet.[14]) Auch läßt ſich nicht einwenden, daß der Vertrag, den der Inhaber des Papiers im Namen des Ausſtellers mit dem Dritten ſchließt, ein novirender Vertrag ſei, zur Gültigkeit der nova obligatio aber der wirkliche Beſtand der älteren zu novirenden Obligation erforderlich ſei, was hier nach geſchehener Zahlung an den Deleganten eben nicht der Fall ſei. Denn jener Satz iſt ſchon bei der ſ. g. novatio simplex zweifelhaft;[15]) daß aber zur Wirkſamkeit der Delegation aufrechter Beſtand der durch die Delegation zu novirenden Obligation nicht erforderlich ſei, kann bei den klaren Ausſprüchen der Quellen (l. 12 l. 13 D. de novat.) nicht im entfernteſten bezweifelt werden.[16])

§ 24.

Die Frage, ob eine bereits beſtehende Geldſchuld für erloſchen zu halten ſei, wenn für dieſelbe ein Wechſel gegeben worden iſt, iſt bekanntlich ebenſo wichtig als beſtritten. Während einige Schriftſteller, welche unter einander ſelbſt wieder von einem verſchiedenen Standpunkte ausgehen (wie Treitſchke [Alphabetiſche Encyclop. des Wechſelr. s. v. Begebung § 5. Wechſelcontract § 7] Hoffmann [Archiv für prakt. Rechtswiſſ. Bd. I Nr. III] Gelpke [in ſeiner Zeitſchr. f. Handelsr. Heft III S. 127] Ladenburg [Archiv f. Wechſelr. Bd. V Nr. V.] einerſeits, Einert [Das Wechſelr. S. 51 fg.] und Brauer

---

14) Bei dieſer Lage der Dinge erklärt es ſich von ſelbſt, wie wichtig es für den Ausſteller des Papiers ſei, nur gegen Aushändigung des Papiers zu zahlen; vgl. Art. 39 D. W. O.

15) Vgl. gegen die herrſchende Anſicht Bähr Die Anerkennung S. 46, für dieſelbe jedoch Dernburg in der angef. Rec. S. 507; vgl. auch Arndts in der angef. Rec. S. 224. Ich halte Bähr's Anſicht für die richtige, doch iſt hier nicht der Ort darauf einzugehen.

16) Vgl. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältniſſen Bd. I S. 625 Nr. 1.

[W. R. S. 12 fg.] andererſeits) dieſe Frage bejahen, wird ſie von anderen Schriftſtellern z. B. von Siebenhaar (Arch. für Wechſelr. Bd. I Nr. VII) verneint und noch andere nehmen eine gewiß unhaltbare Mittelſtellung ein, wie z. B. Günther (Archiv f. Wechſelr. Bd. IV Nr. V). Ebenſo verſchieden lauten die Urtheile der Gerichte.[1]) Ich will es verſuchen, dieſe Frage, welche ein civilrechtliches (nicht ein wechſelrechtliches) Intereſſe hat, hier zu löſen, werde ihr jedoch den ihr gebührenden Umfang geben, indem ich ſie dahin ſtelle: Bewirkt das Geben eines auf eine Geldſumme lautenden Inhaber- oder Ordrepapiers für eine bereits beſtehende Geldſchuld eine (privative) Novation derſelben?

Um zur Löſung dieſer Frage zu gelangen, iſt es dienlich, zuerſt die Wirkung ins Auge zu faſſen, welche die Ausſtellung eines eigenen Rektawechſels für eine bereits beſtehende Schuld hervorbringt. Wenn Jemand für eine bereits beſtehende Geldſchuld ſeinem Gläubiger einen auf deſſen Namen lautenden eigenen Rektawechſel ausſtellt, ſo entſteht die Frage, ob dieſe zweite Obligation (die Wechſelobligation) die ältere Obligation aufhebt, ſo daß mit Begründung der neuen Obligation die ältere zu exiſtiren aufhört (ſ. g. privative Novation) oder ob die neue Obligation acceſſoriſch zur alten hinzutritt, ſo daß neben der neuen Obligation die urſprüngliche fortbeſteht, alſo beide Obligationen neben einander beſtehen bleiben (ſ. g. cumulative Novation, acceſſoriſche Stipulation[2]). Dieſe Frage iſt eine reine Interpretationsfrage — novationem ita demum fieri si hoc agatur ut novetur obligatio; ceterum si hoc non

---

1) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 88. 89 Bd. VIII Nr. 288 Bd. IX Nr. 63; vgl. Labenburg in der angef. Abh. § 5. 6.

2) Über acceſſoriſche Stipulationen vgl. Bähr § 13.

agatur, duae erunt obligationes l. 2 D. de nov. (46, 2). Für die Löſung derſelben iſt alſo zunächſt auf die etwa vorhandene beſondere Verabredung der Parteien zu ſehen. Fehlt es an einer ſolchen, iſt es ſomit zweifelhaft, ob die neue Obligation zur alten mit tilgender Kraft oder mit acceſſoriſcher Wirkſamkeit hinzugetreten ſei, ſo iſt anzunehmen, daß die neue Obligation die alte nicht aufhebe: jener Contrahent, der die (privative) Novation behauptet, hat dieſelbe zu beweiſen.[3]) In dem uns hier beſchäftigenden Fall wird daher im Zweifel d. h. bis zum Beweis des Gegentheils anzunehmen ſein, daß die neue Wechſelobligation die urſprüngliche nicht aufhebe, ſondern daß ſie nur acceſſoriſch zu derſelben hinzugetreten ſei — manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio § 3 I. quib. mod. obl. (3, 29). Das Verhältniß, in welchem dieſe beiden Obligationen zu einander ſtehen, iſt bekannt. Es ſind formell mehrere Obligationen vorhanden, von denen jede eine ſelbſtſtändige Klage begründet; der identiſche Gegenſtand derſelben (eadem res) kann aber nur einmal begehrt werden[4]) — bona fides non patitur ut bis idem exigatur l. 57 D. de R. J. Die wirkliche Leiſtung und was der wirklichen Leiſtung gleichſteht, alſo jede reelle Befriedigung aus der einen Obligation, wie insbeſondere die Novation (— eam stipula-

3) Ich gehe hiebei von der bekanntlich lebhaft beſtrittenen Anſicht (vgl. die Literatur bei Bangerow III S. 392) aus, daß auch nach der Beſtimmung der l. 8 C. de nov. der animus novandi ſtillſchweigend erklärt werden könne, daß alſo eine ſ. g. novatio tacita ſtattfinden könne, eine Anſicht, welche von Fein in der angef. Schrift § 11 ſehr gut vertheidigt wird; vgl. Erkenntniſſe in dieſem Sinn in Seuffert's Arch. Bd. VI Nr. 175. 262. Bd. VII Nr. 167.

4) Vgl. Savigny Syſtem V § 231. 232. Wächter Handb. des würtemb. Privatr. Bd. II § 67 insbeſ. Note 5. Bähr S. 47. 48.

tionem similem esse solutioni existimemus l. 31 § 1 D. 46, 2), wirkt auch in Anſehung der anderen Obligation. Der Klage aus der zweiten Obligation ſteht daher, nachdem der Gläubiger ſchon aus der erſten Obligation vollkommen befriediget wurde, die exceptio doli entgegen. l. 28 D. de A. E. V. (19, 1) l. 3 D. de resc. vend. (18, 5) l. 9 pr. D. de novat. l. 8 § 5 eod. l. 10 § 1 D. de pact. (2, 14) l. 84 § 6 D. de leg. I l. 18 D. de V. O.

Gehen wir nunmehr zu dem Falle über, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Inhaberpapier oder einen eigenen an des Gläubigers eigene Ordre lautenden Wechſel ausſtellt, oder eine an des Gläubigers Ordre lautende Tratte acceptirt, ſo iſt ſo viel gewiß, daß dieſer Fall zunächſt ebenſo entſchieden werden muß, wie der vorhergehende, da der Umſtand, daß die neue Obligation eine übertragbare iſt, für ihr Verhältniß zur urſprünglichen Obligation von keinem Einfluſſe ſein kann. So lange alſo der Nehmer des Inhaberpapiers dasſelbe nicht weiter begeben hat und ſo lange der Remittent den Wechſel nicht weiter girirt hat, beſtehen beide Obligationen neben einander. In dem Augenblicke aber, wo dieß geſchieht, ändert ſich die ganze Sachlage.[5]) Das Weiterbegeben des Inhaberpapiers, ſowie das Indoſſament eines Wechſels beruht auf dem Princip der Delegation: die bisherige formelle Obligation zwiſchen dem Nehmer des Papiers reſp. dem Remittenten und dem Ausſteller wird novirt, indem an die Stelle derſelben die neue formelle Obligation zwiſchen dem Ausſteller reſp. Acceptanten und dem ſpäteren Nehmer des Papiers reſp. Indoſſatar tritt. Es iſt

5) Vgl. die tüchtige Entſcheidung des Obertribunals zu Berlin 29. Juni 1854 in Seuffert's Arch. Bd. IX Nr. 63 (Arch. f. Wechſelr. Bd. V S. 222 fg.).

nun bereits bemerkt worden, daß die neue formelle Obligation zur urſprünglichen nur acceſſoriſch hinzutritt, und daß mit der reellen Befriedigung aus der einen Obligation auch die andere im Wege der Exception entkräftet wird. Indem durch das Weiterbegeben des Papiers reſp. das Giriren des Wechſels die acceſſoriſche formelle Obligation novirt wird, erwächſt dem Schuldner auch der urſprünglichen Obligation gegenüber eine exceptio doli.[6]) Das Reſultat geht ſomit dahin, daß der Schuldner im vorliegenden Fall durch Weiterbegebung des Papiers auch von der urſprünglichen Obligation im Wege der Exception, alſo auf indirekte Weiſe, befreit wird. Eine (privative) Novation der urſprünglichen Obligation d. h. eine direkte ipso jure wirkende Aufhebung derſelben findet nicht ſtatt, wohl aber eine indirekte Aufhebung derſelben durch Exception im Falle der Weiterbegebung des Papiers.

Es iſt nunmehr der Fall zu unterſuchen, wenn der Schuldner eines Gläubigers die von dieſem als Ausſteller mit Rückſicht auf die beſtehende Schuld auf ihn gezogene an fremde Ordre lautende Tratte acceptirt.[7]) Wenn der Traſſat eine Tratte acceptirt, ſo geht er im Auftrage des Traſſanten mit dem Remittenten eine formelle Obligation ein. Das Motiv, welches den Traſſaten (Delegaten) dazu beſtimmt zu acceptiren d. h. den Auftrag des Traſſanten (Deleganten) auszuführen und mit dem Remittenten (Delegatar) den formellen Schuldvertrag ein-

---

6) Vgl. Savigny Syſtem V § 236; über die l. 18 D. de V. O. (Qui bis idem promittit, ipso jure non amplius quam semel tenetur) vgl. Bähr S. 48 Note 3.

7) Dieſem Fall ſteht derjenige gleich, wenn der Schuldner eines Gläubigers mit Rückſicht auf die beſtehende Schuld einem vom Gläubiger bezeichneten Dritten ein Inhaberpapier oder einen eigenen Rekta- oder Ordrewechſel ausſtellt.

zugehen, kann ein verſchiedenes ſein.[8]) Es kann der Traſſat dem Traſſanten eine Schenkung machen wollen;[9]) es kann ſich um ein Darlehen handeln, welches der Traſſat dem Traſſanten geben will;[10]) es kann ſich aber auch darum handeln, daß der Traſſat Schuldner des Traſſanten iſt, und ſeine Schuld dadurch tilgen will, daß er im Auftrage des Traſſanten alſo solvendi causa acceptirt. Mit einem Fall der letzteren Art haben wir es hier zu thun: es iſt auf Schuld delegirt.[11]) Der Traſſat wird daher durch das Accept vom Deleganten liberirt[12]): im Accept der Tratte liegt ſomit eine (privative) Novation. Auch kann hier das Bedenken, ob die neue Obligation zu der alten nur acceſſoriſch, nicht tilgend hinzutrete, gar nicht entſtehen, da dieß Bedenken nur dort aufgeworfen werden kann, wo demſelben Gläubiger ein neues Verſprechen gemacht wird. Durch die Acceptation einer auf den Schuldner gezogenen Tratte wird ſomit die alte Schuld aufgehoben.[13])

Was den Fall anbetrifft, wenn der Schuldner auf ſeinen Gläubiger einen Wechſel girirt oder ihm ein Inhaberpapier, welches er beſitzt, gibt, ſo liegt hierin nach den bisherigen Ausführungen eine Delegation. Die Delegation kann nun aus verſchiedenen Gründen geſchehen. Der Delegant kann delegiren, um dem Delegatar zu ſchenken,[14]) um ihm eine Dos zu conſtituiren,[15]) um von ihm eine Gegenleiſtung zu erhalten oder ihm

---

8) Vgl. hierüber Thöl I § 128.

9) l. 21 pr. D. de donat. (39, 5) Ut mihi donares creditori meo delegante me promisisti —. l. 33 § 3 eod.

10) l. 19 § 3 D. de inst. act. (14, 3).

11) Vgl. Thöl I § 130 Nr. 2. 4 § 138.

12) l. 31 § 1 i. f. D. de novat. (46, 2).

13) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VIII Nr. 288.

14) l. 21 § 1 l. 34 pr. D. de donat. (39, 5) l. 3 C. eod. tit. (8,54).

15) l. 36—38 D. de J. D. (23, 3).

ein Mutuum zu verſchaffen;[16]) iſt der Delegant Schuldner des Delegatars, ſo wird er ihm delegiren, um hiemit ſeine Schuld zu tilgen. Es kann nun allerdings zwar auch bei einer Delegation zweifelhaft ſein, ob ſie mit einer Novation verbunden ſei oder nicht, ob alſo die Promiſſion des Delegatars als Adpromiſſion oder Expromiſſion zu betrachten ſei;[17]) allein in dem vorliegenden Fall werden die Umſtände, daß der Schuldner dem Gläubiger den Wechſel oder das Inhaberpapier für ſeine Schuld, ſtatt Geldes gibt, keinen Zweifel darüber laſſen,[18]) daß der Schuldner delegire, um zu zahlen (solvit qui delegat l. 8 § 3 D. 16, 1) um ſich zu liberiren (delegare est vice sua alium reum dare creditori l. 11 pr. D. 46, 2);[19]) daß ſomit eine ſ. g. novatio qualificata vorhanden ſei.[20]) — In dem Fall endlich, daß der Schuldner eine noch nicht acceptirte Tratte an die Ordre des Gläubigers ausgeſtellt hätte, iſt der Schuldner als in der Vorausſetzung, daß die Delegation (Acceptation) ſtattfinden werde, liberirt zu betrachten; l. 9 D. de praesc. verb. (19, 5) l. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4) cf. l. 8 § 8 D. ad Sc. Vellej. (16, 1). — Bei Wechſeln (hin und wieder auch bei kaufmänniſchen Anweiſungen vgl. § 14 dieſer Schrift)

---

16) l. 32 D. de R. C. (12, 1).

17) l. 2 l. 8 § 2 § 5 D. de novat. l. 3 C. de novat. l. ult. C. eod.; vgl. Thöl I § 132. Fein § 11. 12.

18) Hat ja doch gerade dieſer Umſtand dahin geführt, daß man im Wechſel und dem Inhaberpapier ein Zahlungsmittel ſehen will.

19) l. 18 D. de fidejuss. (46, 1) Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur quanta ei debetur. l. 187 D. de V. S. Verbum exactam pecuniam non solum ad solutionem referendum est verum etiam ad delegationem. l. 8 § 5 D. ad Sc. Vellej.

20) l. 3 C. de novat. — delegatione facta jure novationis tu liberatus es — cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita a debito liberatus sis.

beſteht für den Ausſteller und Indoſſanten eine Regreßpflicht.[21]) Bei andern Ordre- und Inhaberpapieren dagegen findet eine ſolche nicht ſtatt; der Schuldner, der das Inhaberpapier gibt, wird, wie der Delegant von ſeiner Schuld frei, ſollte auch der Delegat inſolvent werden,[22]) und es bedarf einer beſonderen Verabredung, wenn der Delegant in dem Umfang, in dem der Delegatar vom Delegaten nicht befriedigt wird, haften ſollte.[23])

§ 25.

Es iſt eine in neueſter Zeit lebhaft beſprochene Frage, ob es „der Privatwillkür frei ſtehe, Papiere auf den Inhaber neu zu erfinden und in Umlauf zu ſetzen" d. h. ob Privatperſonen (phyſiſche oder juriſtiſche) berechtigt ſeien, ohne Autoriſation der Staatsregierung Inhaberpapiere auszugeben. Dieſe Frage beſchränkt ſich auf den Fall, wenn auf Geldſummen lautende Papiere au porteur ausgeſtellt werden; denn daß andere Inhaberpapiere ohne Autoriſation der Regierung von Privaten ausgegeben werden, darüber kann wohl kein Zweifel obwalten.[1])

---

21) Art. 8. 14. 38. 39. 49 D. W. O. Thöl § 182. § 217 fg.

22) l. 3 C. de nov. — Quod si delegatione facta jure novationis tu liberatus es, frustra vereris ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita, a debito liberatus sis. l. 35 D. de J. D. (23, 3). — Dieß wird auch in dem Fall wichtig, wenn der Indoſſant den Wechſel etwa mit der Clauſel „ohne Obligo" (D. W. O. Art. 14) girirt hätte. — Vgl. auch Thöl § 54 g.

23) Debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat — tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur. l. 22 §. 2 l. 45 § 7. 8 D. mand. (17, 1).

1) Thöl § 54 a Note 2.

Von dem Standpunkt aus, welcher in dieſer Schrift ein genommen wird, kann es nun wohl keinem Bedenken unterliegen, die Ausſtellung von Privatſchuldſcheinen au porteur ohne Genehmigung der Staatsregierung, alſo ohne individuelle Autoriſation, für zuläſſig zu halten.[2]) Die Einwendung, daß dieſe Obligationen Verträge mit unbeſtimmten Perſonen ſeien, und daß „die Beziehung auf unbeſtimmte Perſonen außer der Natur und dem Zweck der Obligation liege,“[3]) kann die hier gegebene Darſtellung (§ 17 dieſer Schrift) nicht treffen. Es bedarf ſomit eines beſonderen Geſetzes, wenn die Ausſtellung ſolcher Papiere durch Privatperſonen in einem Lande unzuläſſig ſein ſoll. Als ein ſolches Geſetz kann man aber jene Vorſchriften nicht anſehen,[4]) wonach zur vollen Beweiskraft eines Schuldſcheins über ein Darleihen erforderlich iſt, daß die Perſon des Gläubigers in demſelben benannt werde (baier. Landr. Thl. IV Cap. II § 3. A. L. R. I 11 § 730 Nr. 6. Öſterr. Geſetzb. § 1001). Die

---

2) Dieſer Anſicht iſt die überwiegende Mehrzahl der Schriftſteller, ſo Dunker S. 50 fg. Phillips § 73. Mittermaier § 274 Note 1. 2. Hillebrand § 99. Thöl § 54a Nr. 3. Gerber § 160 a. E. Walter § 258 Nr. IX. Renaud § 3. Gengler Lehrb. S. 171 Nr. 2. Beſeler § 225 Nr. I. Seuffert in ſeinem Archiv VII Nr. 223 X Nr. 91; entgegengeſetzter Anſicht ſind Souchay im Arch. f. civil. Prax. Bd. X S. 154 Note 12. Mühlenbruch Ceſſion S. 458. Gönner Staatsſchulden § 58. Savigny § 65 und Völderndorff in der § 1 angef. Schrift.

3) Savigny S. 123. Die Bedenken, welche Savigny gegen die Emiſſion ſolcher Papiere in Maſſen als reiner Quantitäten ausſpricht, erſcheinen mir als vollkommen gerechtfertigt; allein einerſeits vermögen ſie doch nur ein geſetzliches Verbot als räthlich erſcheinen zu laſſen, andererſeits treffen ſie nicht bloß die Inhaberpapiere, ſondern ebenſo die Ordrepapiere, welche in Maſſen emittirt werden: man denke nur an den Fall, wenn große Grundherren verzinsliche Schuldſcheine (Partialobligationen) nicht auf den Inhaber, ſondern auf Namen lautend ausſtellen.

4) So geſchieht dieß von Savigny S. 129 und Völderndorff S. 8 fg., vgl. auch Note 6.

Ausſtellung eines Inhaberpapiers iſt, die Richtigkeit der in dieſer Schrift entwickelten Anſicht vorausgeſetzt, nicht als die Ausfertigung eines Beweisdokuments (Schuldſcheins), ſondern als die Eingehung einer ſelbſtſtändigen formellen Obligation zu betrachten: der Ausſtellung des Papiers braucht gar nicht ein Darlehen zu Grunde zu liegen und ſollte dieß auch der Fall ſein, ſo abſorbirt die formelle Obligation die materielle Darlehensobligation (§ 15 dieſer Schrift).

Zu den Geſetzen, welche die Ausfertigung von Inhaberpapieren verbieten, gehört die allgem. Deutſche Wechſelordnung (Art. 4), wonach die Ausſtellung von Inhaberwechſeln unzuläſſig iſt. Ferner das preußiſche Geſetz vom 17. Juni 1833, wonach künftig bei Strafe keine Papiere auf den Inhaber anders ausgeſtellt werden dürfen, als wenn darüber eine landesherrliche Genehmigung in Form eines Geſetzes ertheilt worden iſt. [5]) Ferner iſt in Öſterreich durch a. h. Entſchließung vom 19. Juni 1847 die Ausfertigung von Partialobligationen auf den Überbringer fortan unterſagt; [6]) dieſes Geſetz iſt als ein verbietendes ſtreng innerhalb ſeiner Grenzen zu halten; ich bin daher der Anſicht, daß in Öſterreich die Ausſtellung eines anderen Inhaberpapiers durch Private, wie insbeſondere die eines

---

5) Savigny S. 128. Auch im Königreich Sachſen iſt durch Geſetz 7. Juni 1846 das Ausſtellen von Inhaberpapieren ohne Genehmigung der Regierung unterſagt.

6) Circulare der Landesregierung für Öſterreich unter der Enns vom 24. Dec. 1847 (Sammlung der Geſetze für das Erzherz. Öſterreich unter der Enns 1847 Nr. 144). Die Motive dieſer Entſchließung werden dahin angegeben, daß ſie im Intereſſe der Gläubiger, welche ſich bei Privatanleihen in Form von Partialobligationen betheiligen, zur Sicherung des Lottoregals, endlich in der Rückſicht, um dieſe Partialgeſchäfte mit den Beſtimmungen des § 1001 des G. B. und mit dem § 12 der a. h. Entſchließ. 19. Okt. 1843 über die Emiſſion von Aktien in Einklang zu bringen, gefaßt worden ſei.

Bons,[7]) allerdings ein vollkommen gültiges und klagbares Rechtsverhältniß begründe.

Übrigens iſt nicht außer Acht zu laſſen, daß auch Papier-

---

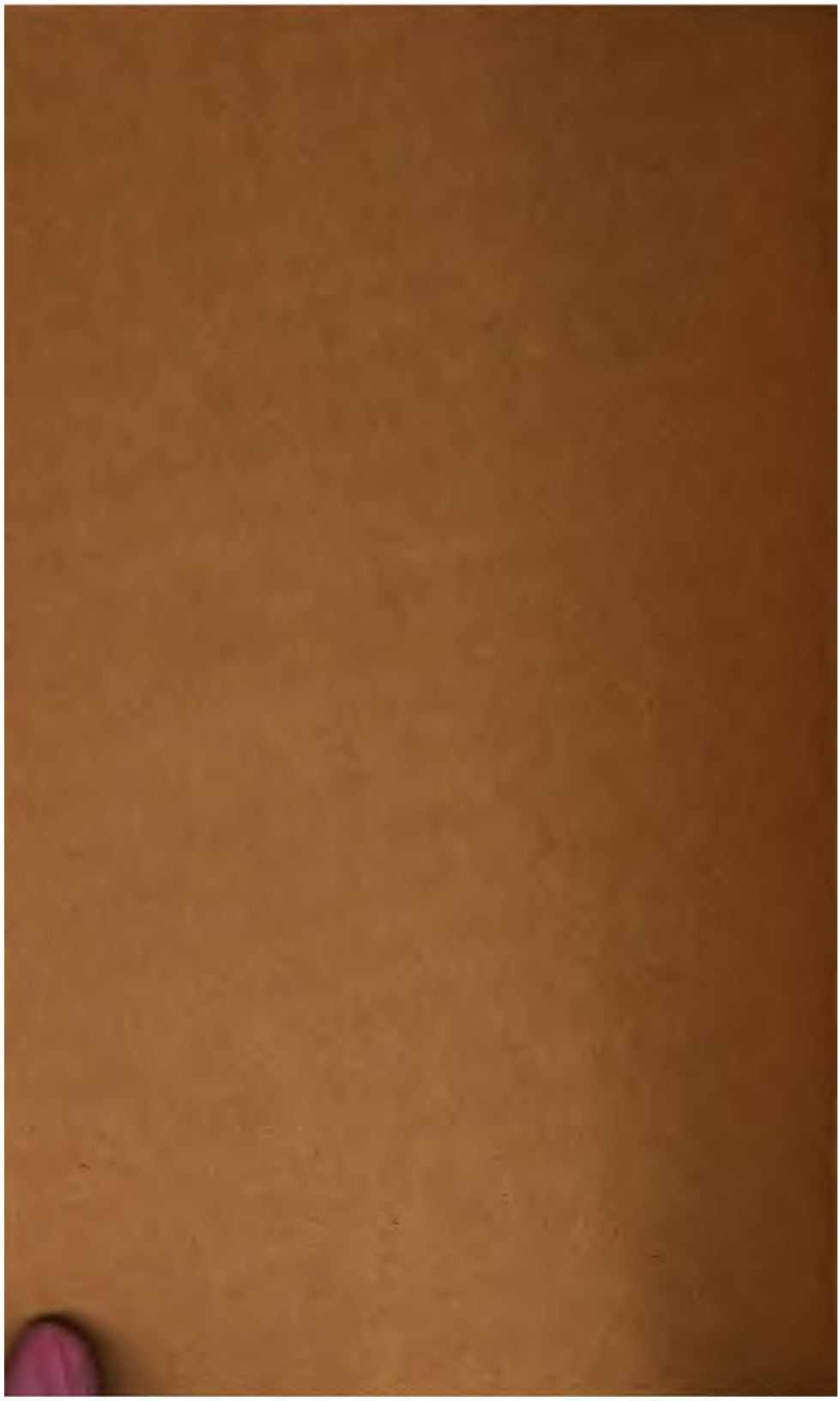
7) Die herrſchende Meinung in Öſterreich hält den Bon für ein unklagbares Papier, weil ſie in dem Bon nichts anderes als einen Schuldſchein ſieht, dem es an der Angabe der causa debendi fehle. Dieſer Anſicht kann ich von dem hier eingenommenen Standpunkt aus nicht beipflichten; ſieht man in der Ausſtellung eines in Öſterreich doch überhaupt anerkannten (§ 371. 1393 G. B.) Inhaber- oder Ordrepapiers einen formellen Contract, ſo iſt das Papier einerſeits nicht als ein bloßer Schuldſchein anzuſehen, andererſeits enthält es ſeine causa debendi in ſich. Die causa debendi iſt nemlich nichts anderes, als der Rechtsgrund, aus welchem die Forderung entſpringt, ihr Entſtehungsgrund (l. 14 § 2 D. de exc. r. j. 44, 2 l. 31 D. de prob. 22, 3); dieſer kann z. B. ein Legat, ein Delikt, ein Contract ſein. Bei den materiellen Verträgen z. B. Schenkungs-, Darlehensvertrag iſt es nicht das obligatoriſche Verſprechen allein, ſondern das ganze Geſchäft, woraus Forderung und Schuld entſpringt, daher der Kläger das ganze Geſchäft z. B. die Schenkung, das Darlehen anführen und prozeſſualiſch darbringen muß (vgl. § 12 dieſer Schrift und Bähr S. 19). Bei den formellen Verträgen dagegen iſt es das obligatoriſche Verſprechen, woraus die Obligatio entſpringt, das (ſchriftliche) acceptirte Verſprechen allein iſt die causa debendi und eine Urkunde, welche dieſes Verſprechen enthält, enthält hiemit zugleich ſchon die causa debendi. Wenn man dennoch den Wechſel regelmäßig als eine cautio quae indiscrete loquitur (cautio indiscreta) bezeichnet, ſo beruht dieß auf einer Verwechslung; der Wechſel enthält die causa debendi in ſich, da aus dem formellen Wechſelvertrag das Forderungsrecht entſpringt, dagegen braucht der Wechſel nicht die causa d. h. das Motiv, die Veranlaſſung zu enthalten, aus welcher das formelle Verſprechen geleiſtet wurde d. h. der Wechſelbrief enthält die causa debendi, er braucht aber nicht die causa promittendi zu enthalten, er enthält den Entſtehungsgrund des Forderungsrechts, er braucht aber nicht die Veranlaſſung der Ausſtellung des Wechſels zu enthalten. Ebenſo verhält es ſich beim Bon, an deſſen gemeinrechtlicher Gültigkeit kein Zweifel ſein kann (Thöl § 274). Auch iſt nicht außer Acht zu laſſen, daß ſich Savigny's Einſprache nur auf die in großen Maſſen ausgeſtellten Inhaberpapiere, nicht aber auf Inhaberpapiere „über vereinzelte Rechtsgeſchäfte bezieht, deren ganz beſchränkte Zwecke zu einer willkürlichen und dadurch gefährlichen Ausdehnung keine Gelegenheit darbieten" (S. 122). Es iſt daher auch in Öſterreich vollkommen zuläſſig, Verſicherungspolicen auf den Inhaber zu ſtellen; und dieß kommt in der That auch häufig vor, vgl. den Plan des adriatiſchen Verſicherungsvereins S. 45 Art. 5 S. 50 Art. 5 S. 54 Art. 5.

geld häufig in der Geſtalt von Inhaberpapier auftritt (§ 1 dieſer Schrift); wenn es nun feſtſteht, daß mit der Ausgabe des Inhaberpapiers im Grunde nichts anderes als die Emiſſion von Papiergeld beabſichtigt wurde,[8]) dann iſt allerdings eine ſolche Ausfertigung von Inhaberpapieren vollkommen unzuläſſig, weil die Ausgabe von Papiergeld nur der Regierung oder der von ihr hiezu autoriſirten Perſon zuſteht.

---

8) Fälle dieſer Art, wo Privatperſonen in der Form von Inhaberpapieren Papiergeld emittiren, ſind in Zeiten finanzieller Kriſis nicht ſelten und ſind ſolche Fälle in neueſter Zeit vorgekommen.

EGLK.



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 054 420 005